

رَوْضَةُ الْقَضَاءِ وَطَرِيقُ النِّجَاةِ

لِلْعَلَّامَةِ أَبِي الْقَاسِمِ عَلِيِّ بْنِ مُحَمَّدٍ بْنِ أَحْمَدَ الرَّصْبِيِّ السَّمْنَانِيِّ

المتوفى سنة ٨٤٩٩ هـ

حققها وقلم لها وترجم لمصنفها

المُحْكَمِي

الدكتور صلاح الدين النّاهي

الاستاذ ورئيس قسم القانون الخاص
في كلية الحقوق بجامعة بغداد (سابقاً)
ورئيس جمعية القانون المقارن العراقية
ورئيس الجمعية العراقية لقوانين التأمين

الجزء الأول

دار الفرقاء
عمان

مؤسسة الرسالة
بيروت

جميع الحقوق محفوظة

ولا يحق لأي جهة أن تطبع أو تعطي حق الطبع لأحد
سواء كان مؤسسة رسمية أو أفراداً.

الطبعة الثانية

١٤٠٤م - ١٩٨٤م

صان/الأردن/ جبل الحسين شارع خالد بن الوليد
ص.ب. ٩٢١٥٣٦ - تلخوت : ٩٣٧٠٩٣٧

للنشر والتوزيع



مؤسسة الرسالة بيروت - شارع سوريا - بناية صعدي وصالحية

هاتف: ٣١٩٠٣٩ - ٨١٥٢١٢ - ٢٤١٦٩٢ - ٢٩٥٥٠١

ص.ب. (٧٤٦٠) برقياً: بيوشران.



بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة في التعريف بالسمناني

وكتابه روضة القضاة وطريق النجاة*

وصف المخطوطة :

من نفائس المخطوطات الفقهية التي صورها معهد المخطوطات العربية
بالقاهرة مخطوطة : روضة القضاة وطريق النجاة للعلامة علي بن محمد
السمناني او ابن السمناني .

★ ★ ★

وقد جلبت المكتبة المركزية لجامعة بغداد مشكورة نسخة ميكروفلمية
من هذه المخطوطة بناء على طلبي ، وصورت هذه النسخة في المجمع العلمي
العراقي لحساب مكتبتى الخاصة تمهيدا لقيامى بدراستها ونشرها محققة ، ولذا
فقد رأيت من المناسب ان اعرّفها ومصنفها وموضوعها للقراء الكرام تمهيدا
لنشرها فى سلسلة دراسات اسلامية : أهم المخطوطات الفقهية ، تلك المجموعة
التي اضطلعت بنشرها منذ عام ١٩٦٥ ولحسن الحظ فقد عثرت في سفرتي الاخيرة
الى تركية في صيف ١٩٦٧ على نسخة خطية اخرى من هذا المصنف هي نسخة
فليج علي باشا فصورت لمكتبتى .

لقد جاء فى اول ورقة من النسخة الاولى من هذه المخطوطة : كتاب
ادب القاضى المسمى بروضة القضاة تأليف العلامة علي بن محمد السمناني
تقدمه الله برحمته وهو بخط مؤلفه .

وذكر فى آخر هذه المخطوطة انه «فرغ من تأليفه صبيحة يوم الجمعة
مستهل سنة ثمان وأربعمائة (كذا) . وجاء فى أول ورقة من نسخة فليج علي
باشا : كتاب روضة القضاة وطريق النجاة تأليف الامام العلامة قدوة المحققين
ودرة المدققين ابي القاسم علي بن محمد بن احمد السمناني الحنفى .

* نشرت هذه المقدمة بعنوان « التعريف بكتاب روضة القضاة وطريق
النجاة » فى المجلد الخامس عشر من مجلة المجمع العلمي العراقي وقد أضفنا اليها
حين جعلناها جزءا من مباحث هذا الكتاب بعض الزيادات .

وظاهر ان الصحيفة الاولى من نسخة معهد المخطوطات من هذه المخطوطة ليست من أصل الكتاب وانها اضيفت اليه أما الصحيفة الاخيرة من الكتاب فيستفاد منها ان ناسخ المخطوطة هو أبو عبدالله محمد بن علي .. محمد بن المظفر الشامي أقضى القضاة .. وانه « وقع الفراغ من تأليف هذا الكتاب صبيحة يوم الجمعة مستهل صفر من سنة ثم (كذا) واربعمائة ، وكتب على بن محمد السمناني مؤلف هذا الكتاب ، وهو يحمد الله ويصلى على محمد النبي وآله ، ويسلم ، ويسأل المغفرة والنفع في الدارين ، وهو حسيه ونعم الوكيل » .

* * *

ان الظاهر من اسلوب كتابة تاريخ تأليف هذا الكتاب في نسخة معهد المخطوطات ان كلمة (ثم) يحتمل أن تكون مختزلة من كلمة ثمانية أو ثمانين ، فيكون تاريخ الكتاب هو سنة ثمانين واربعمائة اي قبل وفاة مؤلفه بمدة تراوح بين ١٣-١٩ سنة ، على أن كتب الطبقات تشير - كما سرى - الى تاريخ آخر . وقد جاء في نسخة قليج علي باشا أن مصنف الروضة فرغ من تأليفها سنة ٤٧٨ هـ

لقد صورت مخطوطة روضة القضاة لمعهد المخطوطات على (٣٣١) سليده (١) كل سليده منها تحتوي على صحيفتين ، عدا السليده الاولى فانها مؤلفة من صحيفة واحدة وفراغ ، وبذلك تكون صفحات الكتاب عبارة عن (٦٦١) صحيفة في كل صحيفة قرابة ١٩ سطرا وفي كل سطر قرابة (١١) كلمة . أما نسخة قليج علي باشا فيبلغ عدد صفحاتها (٥٢٠) صحيفة في كل صحيفة قرابة (٢٩) سطرا وفي كل سطر قرابة (١٧) كلمة (٢) .

(١) من كلمة Slide الانكليزية وتعني قطعة من الفلم
(٢) ثمة نسخ خطية اخرى من روضة القضاة للسمناني في كل من مكتبة مينيخ برقم ٢٦٠ وداماد زاده في استانبول برقم ٧٣٦/٧ والزيتونة بتونس برقم ١٧ وقد أهدت لي المكتبة العامة في مينيخ ميكروفلم النسخة المحفوظة لديها شاكرة .

وبالرغم مما ورد في اول صحيفة من هذه المخطوطة من أنها بخط مصنفها فان ما ورد في خاتمتها ينقض هذا الزعم كما ان اسلوب الكتاب ، وما جاء فيه من اختزال بعض الكلمات او سقوطها ومن اغلاط نحوية ليدل على أن هذه المخطوطة نسخت عن مخطوطة اخرى كانت بخط المصنف •

لمن صنفت الروضة؟

ويستفاد من مقدمة الكتاب ان السمناني صنفه بناء على طلب :

« نظام الملك وقوام الدين ، العادل ، العالم ، المنصور ، المظفر ... »

ابي على الحسن بن (الحسين) بن علي بن اسحق ، رضى أمير المؤمنين •

ونظام الملك هو الوزير السلجوقي الشهير مؤسس المدارس النظامية في بغداد وغيرها من حواضر الامبراطورية السلجوقية • وقد كان الوزير معروفا بميله لنشر العلم وتكوين طبقة من الكتاب والفقهاء تتولى تدبير تلك المملكة الفتية التي قامت على أثر هجرة تركية جارفة تزعمها السلاجقة ، ولاغرو فقد كانت تلك السلطنة الناشئة الفتية بحاجة الى تنظيم ادارى تحصل به الموازنة بين السيف والقلم ، وتستقر به دعائم المملكة السنية الناشئة على انقاض الدولة البويهية الشيعية ولشدة حرصه على تنظيم دولة السلاجقة ألف بالفارسية كتابا في السياسة عنوانه « سياستنامه » • وكان مزاج ذلك العصر يميل الى ربط كل دولة من دول الطوائف بمذهب تعتنقه الدولة وتعصب له وهي خطة مقبولة تركت آثارها السيئة في المجتمع الاسلامى عصورا طويلة الى ان افاق من بدعتها المسلمون والتزمت معظم الدول الاسلامية المعاصرة جانب الحياد تجاه المذاهب وان شذت عن هذه السياسة ايران وافغانستان اذ اتخذت الاولى من الامامية الاثنى عشرية واتخذت الثانية من الحنفية مذهبا رسميا مع أن الاسلام ولد ولا مذاهب فيه ويمكنه أن يستمر في الاضطلاع برسائله دون التقيد بمذهب أو التزام قول دون قول •

عصر البويهيين والسلاجقة وحظ الثقافة الإسلامية فيه :

ومهما يكن فإن العصر الذي عاش في ظل حضارته كل من الساماني ونظام الملك وظهرت آثاره في عمق ثقافة أولهما وتنوعها ومساعي ثانيهما وجهوده، ان هذا العصر يتسم بقيام الدولة السلجوقية السنية على أنقاض الدولة البويهية التي اصطنعت التشيع وأسرفت في تقييد سلطة الخلافة العباسية واذلال الخلفاء العباسيين بالعزل وسمل العيون .

ولقد حققت القبائل التركية الموحدة في ظل زعامة السلاجقة ما عجز أسلافهم قبل الاسلام عن تحقيقه من استقلال عن تسلط الحكم الفارسي الساساني والسيادة الفارسية على الشعوب التركية المحاربة ، فهياً بذلك للامة التركية - كما تهاً من قبل للامة العربية - ان تبدأ مرحلة تكونها القومي الحديث بفضل اعتناق تلك القبائل المهاجرة الاسلام وتحولها من قبائل مبعثرة الى أمة مجاهدة تضطلع برسالة الدين الاسلامي الخفيف وتدين للاسلام - كما دان العرب من قبل - بهذا التحول في البنية الاجتماعية فتسارع الخلافة العباسية الى اصطناعها والاستعانة بها على التحرر من نير البويهيين ، وما اصطنعه البويهيون من سياسة اذلال الخلافة العباسية ، وما أدخلوه على المجتمع الاسلامي في العراق من عادات غير مألوفة هي في نظر أهل السنة وعقلاء الشيعة أنفسهم من البدع التي لا يقرها الاسلام . ومع ذلك فإن هذا السلطان السياسي والتول القومي الذي تحقق في ظل الدولة السلجوقية لا يعني قيام القطيعة بين عناصر الثقافة الاسلامية التي اضطلع برسالتها الانسانية الجامعة جميع العناصر القومية الاسلامية من عربية وفارسية تركية ، فقد كانت تلك الثقافة من القوة والفتوة بحيث لم يزدها قيام دول الطوائف الامتانة وتولا ، ولذا فإن الدولة السلجوقية التركية احتضنت في مضمار الادارة والثقافة كلا من اللغتين العربية والفارسية ، ولا غرو فان القوميات الاسلامية تختلف مفاهيمها عن القوميات الغربية لانها تقوم على أساس مما دعى اليه الاسلام من التعارف والتواضع لا التباذ والتعالي ومن الاخوة البشرية لا البغضاء الشعوية ومن أوامر القربى في الانسانية التي تمت في البداية بآدم وتنتهي في النهاية الى التراب .

هذه الحقيقة هي التي تفسر لنا أن الدولة السلجوقية الناشئة لم تكد تستقر لها أسباب الملك والسلطة حتى سعت الى حماية تلك الثقافة الاسلامية الجامعة، وجنحت الى المذاهب المعتدلة في تصوير الخلافة ولم تجنح الى سياسة شعوية قائمة تبصق في وجه الفلك من فرط حقدها ، وشجعت تأسيس المدارس والجامعات وأتاحت فرصة استمرار انبثاق النبوغ في جميع أرجاء امبراطوريتها، فنشأ في عصرها مفكرون وفلاسفة وفقهاء عظام ، وكل ذلك بالرغم من عوامل الاضطراب التي كانت تشيع في العالم الاسلامي يومئذ ، في داخله وتحيط به في خارجه وعوامل الفساد في الادارة وجباية الضرائب ، تلك العوامل التي كانت تبرر مصادرة أموال الوزراء والولاة وتعذيبهم بين فينة واخرى ، ذلك ان قيام دول الطوائف المتنافسة في قلب الخلافة الاسلامية من بويهية وسلجوقية وغيرهما واستقرار سلطات تلك الدول المتوتبة بعد فترة الاستيلاء العنيفة كان لابد له من الشعور بعد ذلك بالحاجة الماسة الى الاستقرار والتنظيم والى طائفة من رجال الفكر والادارة والفقهاء وسائر ضروب المعرفة كيما يعود للدولة وللمجتمع مافقداه من طمأنينة وأمن .

والحاصل فقد كانت منجزات السلاجقة - كما وصفها احد الباحثين الناشئين^(١) - رائعة فقد قاومت الغزو الصليبي وأدركت مخاطر المذاهب الباطنية، ونشطت نشاطا كبيرا في انشاء المدارس ودور العلم والعناية بالدارسين والباحثين « فكان محط نظرهم هو أن العلم من أهم الاسلحة التي ينبغي أن تتوفر للامة نصد العدوان عنها ورد كيد الطامعين فيها والطاعين عليها »^(٢) .

وهكذا فإن القلق السياسي الذي كان شائعا يومئذ لم يحل دون الاستقرار الثقافي والتول الفكري في المجتمع الاسلامي ، فكان مايحل بالعالم الاسلامي من زعازع وقلاقل وكوارث سرعان ما يضمن التقدم الثقافي له سبيل الهداية والرشاد والتوجيه في ظل مبدأ دستوري اسلامي شهير هو مبدأ الامر بالمعروف

(١) هو الدكتور حمد عبيد الكبيسي في رسالته التي حقق فيها كتاب شفاء الغليل للغزالي .

(٢) أيضا ، ص : (ج)

والنهي عن المنكر ، فلا عجب أن وجدنا دول الطوائف مرهفة الشعور بالحاجة الماسة الى اصطناع الطبقة المثقفة ثقافة موسوعية جامعة ، وقد كان من اعلام تلك الطبقة اسماء خلدها التاريخ كالفزالي والماوردي والسمناني ونظام الملك الذي أخذ بيد السمناني لما لمسه فيه من سعة الثقافة والدراية بالفقه والتاريخ وصنفت الروضة تعبيرا عن عميق الولاء لذلك الوزير .

أهداف المصنف وخطته :

لقد رمى مصنف الروضة بتأليفه ان يكون كتابا جامعا مبسطا بحيث « يحتاج اليه العلماء والمتعلمون والخاصة والعامة » ولا يستغنى عنه في ادب الفقه (القضاء) على جميع مذاهب الفقهاء .

والواقع ان هذا الغرض المزدوج الجامع بين افادة المتعلمين من ناشئة الفقهاء والمتعلمين منهم من الاغراض التي حرص على اتباعها في مصنف آخر مكمل لهذا الكتاب وردت اليه الاشارة في الروضة في باب « كاتب القاضي » حيث جاء « وقد صنفنا في الشروط كتابا سميناه كنز العلماء والمتعلمين في علم الشروط » .

والى مثل هذا الغرض رمى امام الهدى الفقيه ابو الليث نصر بن محمد السمرقندي عند تصنيفه كتاب خزانة الفقه^(١) .

نحن اذن امام مؤلف له هدف واضح ، وهو فوق ذلك محيط بموضوعه وبما صنف فيه قبل ذلك من كتب احاطة ناقد بصير ، وقد صرح بنفسه بهذه الحقيقة فقال في مقدمته على الروضة .

صنف في ذلك كتب كثيرة كالذي صنفه الخفاف والطحاوي والاصطخري ومحمد بن الحسن (الشياني) وسائر شروح الضالعين^(٢) فمنهم من اطال ، ومنهم من قصر ، ومنهم من قدم ما لا يحتاج اليه ، ومنهم من أخر ، ولم يرتب

(١) نشرت خزانة الفقه في كتابنا « المصنفات الفقهية لامام الهدى ابي

(٢) في نسخة قليج علي باشا (الطائفتين) .

الابواب ، ولا عقد الفصول ، ولا كشف قناع العلم ، ولا اتى ما يحتاج اليه على
نمط الحاجة .

فالسمناني - كما ترى - مؤلف ناقد مضطلع احاط بما كتب السابقون عليه فى
موضوعه من اعلام وضالعين فلم يتردد فى نقد ما فى كتب هؤلاء وأولئك وما وقعوا
فيه من هنات .

ونحن اذن امام مصنف فقهى على جانب من الاهمية كبير اختط مصنفه
لنفسه خطة وتمسك بمنهج يفى فى رأيه بالحاجة فلا تطويل فيه ولا تقصير ولا
عجز عن النفاذ الى صميم الموضوع . وهؤلاء الذين ذكرهم السمناني كانوا
من اعلام الفقه فى المذهبين الحنفى والشافعى فالخفاف هو احمد بن عمرو
الشياني المتوفى ببغداد سنة ٢٦١هـ ومن مصنفاته كتاب أدب القاضى ، وكتاب
الشروط الكبير وكتاب الشروط الصغير وكتاب المحاضر والسجلات وهى جميعا
من المراجع النظرية العلمية فى دراسة نظام القضاء فى الاسلام .

أما الطحاوى فهو أبو جعفر احمد بن محمد بن سلامة الازدى ابن اخت
الفقيه المزني الشهير فى المذهب الشافعى . وقد انتقل الطحاوى من مذهب
الشافعية الى مذهب الحنفية والى الف مختصراً شهيراً فى الفقه وتوفى بمصر سنة
٣٢١ هـ (١) .

ومن مصنفات الطحاوى نظام القضاء والفقه العملي :-

- ١ - الشروط الصغير
- ٢ - والشروط الكبير
- ٣ - والشروط الاوسط
- ٤ - والمحاضر والسجلات (٢)

(١) نشر هذا المختصر فى مصر سنة ١٣٤٠ محققاً بقلم ابى الوفاء الافغانى
فى سلسلة احياء المعارف النعمانية ولهذا المختصر شروح متعددة منها شرح
الاسبيجاني وشرح الوبري .

(٢) الجواهر المضية ج ١ ص ١٠٣ - ١٠٥ ويقوم طالب الماجستير التركي
الجنسية السيد روجي اوزجان بتحقيق كتاب الشروط والورقة باشرافنا تمهيدا
لتقديمه اطروحة للماجستير .

وقد اشار السنياني الى ان للطحاوي أدب الحكام الصغير وأدب الحكام الكبير ونقل عنهما •

وأما الاصطخري فالملقود به أبو سعيد الحسن بن أحمد ابن يزيد بن عيسى بن الفضل بن بشار (اويسار) بن عبد الحميد بن عبد الله بن هاني بن قيس بن عمرو بن عامر وقد وردت ترجمته في طبقات الفقهاء للشيرازي (ص - ٩١) حيث قال عنه :-

كان قاضي قم ، وولي الحسبة ، وكان ورعاً متقللاً ، ولد في سنة ٢٤٤ ومات في سنة ٣٢٨ هـ وصنف كتاباً حسناً في أدب القضاء •
وأضاف السبكي في طبقات الشافعية الكبرى انه كان أحد الرفقاء من أصحاب الوجوه وقال الخطيب كان أحد الائمة المذكورين ومن شيوخ الفقهاء الشافعيين •

وقد ورد ذكره في البداية والنهاية لابن كثير في حوادث سنة ٣٢٨ هـ فجاء على ذلك انه ولي بعد قضاء قم « حسبة بغداد ، فكان يدور بها ، ويضلي على بغلته ، وهو دائر بين الازقة ، وله كتاب القضاء لم يصنف مثله في بابيه ، توفي وقد قارب التسعين » •
مراجع أخرى :

وأما محمد بن الحسن الشيباني فهو من اعلام المذهب الحنفي فقد كان صاحب الامام ابي حنيفة ومدون المذهب صاحب أبا حنيفة واخذ الفقه عن ابي يوسف ودون الموطأ وحدث به عن مالك (١) وهو اليوم موضع عناية الفقهاء الغربيين انفسهم فقد كتب عنه الدكتور اوتوسبيس Otto Spies الاستاذ في جامعة بون مقالة نشرت في اعمال المؤتمر الدولي الخامس للقانون الموازن (٢) المنعقد في بروكسل سنة ١٩٥٨ (مجلد ١ ص ١٢٥-١٢٩) بعنوان فقيه عظيم من فقهاء المسلمين ، وقد ذهب في هذه المقالة الى اعلاء شأن ابي يوسف والشيباني في تطوير المذهب الحنفي وبيان ما كان لهما من جهود وآثار •

(١) الجواهر المضية ج ٢ ص ٤٢ •

Rapport generaux au Ve Congre de Droit Comparé (٢)

على ان السمناني لم يكتف بالرجوع الى ما صنفه هؤلاء فى نظام القضاء بل رجع الى مراجع فقهية اخرى فى المذهبين الحنفى والشافعى حيث نجده يشير فى مواضع مختلفة الى هذه المراجع باسمائها واسماء مصنفها تارة او بأسماء مصنفها فقط بحيث يمكن أن نقول انه رجع الى :

- ١ - المذهب للشيرازى
- ٢ - الخلاف للقندورى
- ٣ - كتاب المزنى (المختصر)
- ٤ - مختصر الطحاوى ، وادب الحكام وادب القضاء الصغير
- ٥ - شرح الدامغانى لمختصر الحاكم
- ٦ - مختصر الكرخى
- ٧ - محقق بن الحسن الشيبانى فى كتاب الدعوى
- ٨ - الجامع الصغير لمحمد بن الحسن الشيبانى والاصل والزيادات
- ٩ - الامالى لابي يوسف
- ١٠ - القدورى فى التجريد
- ١١ - الخصاف فى المفصل ، وادب القضاء
- ١٢ - علي بن موسى القمي : احكام القرآن الصغير
- ١٣ - أبا عبيدة فى الغريب
- ١٤ - مختصر ابي موسى الضرير
- ١٥ - ابن سماعه : النوادر والامالى
- ١٦ - القضاء للاصطخرى (الشافعى)

١٧ - شروط الاصنع

١٨ - عيون المسائل لابي الليث السمرقندي

ومما يستحق الإشارة في هذا الصدد ان روضة القضاء خلت من الإشارة الى ما كتبه الماوردي في الحاوي^(١) عن أذب القاضي مع أن الماوردي توفي قبل السمناني بتسع وأربعين سنة ، فهل معنى هذا ان السمناني لم يطلع على كتاب الحاوي ؟ مهما يكن من الامر فان كلا المصنفين رجعا الى مراجع مشتركة في مقدمتها مصنف الاصطخري الشهير .

خطتنا في تعريف الكتاب وموضوعه :

مما سلف يتبين لنان ان مصنف روضة القضاء كان نقادة والكتاب يعالج موضوعا لم يزل بحاجة الى المزيد من الدرس والعناية ، لقلة محقق ونشر عنه ، ولتهجم بعض الغربيين وادعائهم ان القضاء الاسلامي تأثر بدوره بنظم القضاء الرومية والفارسية كما تأثرت نظم الدواوين الاسلامية . وخصائص هذا النظام الطريفة لم يكشف عنها القناع لتجلى في ضوء البحث الموازن وتعرب عن اصالتها وطرافتها ومحاسنها وهناتها .

والى جانب كل ذلك فهذا الكتاب صنف بعد مرحلة طويلة من النمو والتطور خطا فيها بحث ادب القضاء خطوات متعاقبة ، والى فيه فقهاء اعلام ممن ذكرهم السمناني وغيرهم والعصر الذي الف فيه هذا الكتاب بلغت فيه حركة التأليف في لمتى فروع الفقه مرحلة بالغة من التطور والنضج ورسخت فيه اساليب علم الخلاف في استعراض مختلف ابواب الفقه دون تعصب او غلو . كل هذه الحقائق تدعونا بعد هذه التوطئة لتعريف المصنف والكتاب ان نبسط القول فندرس الموضوعات الآتية :

نظام القضاء في الاسلام وخصائصه .

(١) الماوردي هو علي بن محمد بن حبيب البصري الشافعي المتوفى سنة ٤٥٠ هـ وقد اشتهر بكتاب الاحكام السلطانية وكتاب أدب الدنيا والدين وله مظلوم في الفقه اسمه الحاوي ، يقوم صديقنا السيد هلال السرخان بنشر الجزء المتعلق منه بأذب القضاء .

٢ - سيرة مصنف الكتاب وآثاره وثقافته •

٣ - ما اضافته هذا الكتاب الى موضوع نظام القضاء من جديد سواء من حيث صياغة المبادئ أو تحليل الفروق بين مختلف آراء المذاهب أو التزام الاسلوب العقلي الهادىء المحايد الى حد كبير من الحياد العلمى الذى اتبع لابتناء ذلك العصر •

خصائص النظام القضائى فى الإسلام :

للنظام القضائى فى الاسلام تاريخ طويل حافل بالحركة والنضال فى سبيل العدل والانسان والحق والشرع ، وملامح جذابة لما فيها من طرافة ، ولقد توثقت صلتى بهذا النظام منذ ان صنفت كتابى «الوجيز فى المرافعات المدنية والتجارية» الى ان درسته فى جانبىه الفقهى النظرى والتاريخى واعدت فيه أبحاثا مخطوطة رأيت ان أخدمها بنشر بعض ما صنف فى أدب القضاء لتزداد ثروتا ومراجعا فى هذا المضمار •

والواقع ان النظام القضائى فى الاسلام تمكن فى خلال تاريخه الحافل فى بعض العصور بالحركة والكفاح والتطور والمتناقضات ان يملى على صفحة الفقه والقضاء أروع القواعد والمبادئ التى تكفلت برعاية حقوق الانسان وصيانة كرامته وعرضه وماله من التعدى والاتلاف والنصب والجور والشطط •

وحسبك ان تعلم ان المدين كان يباع بالدين فى شريعة روما ومصر واعراف العرب قبل الاسلام فلما هيمن الشرع الاسلامى على مصر وطولب القضاء الاسلامى ببيع المدين بالدين تقرر ان المدين لا يباع بالدين كالسلمعة ولكن يترك ليسعى لنفسه وللدائنين^(١) •

ولقد خاض هذا النظام فى سبيل تحقيق ذلك اعنف المعارك وامتنحن فيه بعض القضاة أقسى امتحان وحفل بأكثر الآراء والحلول تنوعا ومراعاة لجوانب مختلفة من العدالة المحضة والمصلحة والضرورة ودون تاريخه سطورا من نور

(١) بحثنا عن النظام القضائى فى الاسلام •

ولكن هذا التاريخ لم يخل من عصور انحطاط وقضاة سوء استباحوا الرشوة وحادوا عن جادة الحق وسجلت كتب تاريخ القضاة عنهم اسوأ السير والصفحات بكل صراحة وتندر حتى أصبح لدينا تاريخ حافل بهذه المتناقضات واذيف الى ثروتنا الادبية فصل خاص بما قيل في القضاة من قدح ودم وتجريح وسخرية .

والى جانب كل ذلك فان للنظام القضائي الاسلامي خصائصه الخاصة ببنية وتركيبه ينفرد بها عن سائر النظم القضائية حيث قام بالدرجة الاولى على أساس نظام القاضي الفرد الذى اتيح له استشارة الفقهاء فى مجلسه وخارج مجلس الحكم وهذا الطراز من المحاكم يرجع الى تقاليد العرب قبل الاسلام حيث ساد نظام القاضي لدى حكم أو كاهن فرد ولا صلة له بطراز المحاكم في الشرائع القديمة الاخرى .

ولم يحظ حكم القاضي فى ظل هذا النظام بدرجة كافية من القطعية بل كان عرضة للنقض فى الامور غير الاجتهادية وفق شروط وفروض معينة^(١) كما كان القاضي نفسه عند عزله عرضة « للإيقاف » اي لعرضه على الحساب الدقيق والسؤال والمراجعة .

وهذا اغرب ما فى هذا النظام بالقياس الى سائر النظم القضائية فى مختلف الشرائع المعروفة ودليل على مدى تغفل مبدأ سيادة القانون فى هذا الشرع الذى تقرر فيه خضوع الحاكم والمحكوم لحكم القاعدة القانونية ومسؤولية اولى الامر عما عهد اليهم الاضطلاع به من الشؤون العامة والخاصة .
لقد منح الاسلام للقاضي سلطة واسعة وأناط به مهمات خطيرة ، ولكنه جعله مسؤولاً ومسؤولية خطيرة فى دنياه وآخريته حتى شبه من ولي القضاء بمن ذبح بغير سكين .

★ ★ ★

(١) جاء فى جامع الفصولين ٢٠/١ « كل شئ اختلف فيه الفقهاء فقضى فيه القاضي نفذ قضاؤه ، وليس لقاض آخر ابطاله » والى مثل هذا القول ذهب الشافعي كما فى أدب القاضي للماوردي (٤٧/٢) ومختصر المزنى ٢٤٢/٥ والأم ٢٠٧/٦ - ٢٠٨) .

لقد كان القضاء في عصور طويلة يتمتع بأخطر مركز بعد مركز الخلافة ، ولذا كانت دراسة تاريخه من الامور المهمة والجديرة بالبحث لانها قيمة بان تكشف لنا النقاب عن طبيعة نظام الحكم في الاسلام ، وعن نوع من الديمقراطية والعدالة حاول الاسلام اناطة تحقيقها بالقضاء ، وأكد فيها على العدالة والمساواة أمام الشرع وعلى سيادة الشرع على جميع المكلفين حكاما ومحكومين وعلى التزام القضاء الحياد التام بين المراكز والحقوق فسطر بذلك انبل ما رمت الى تحقيقه الثورة الفرنسية من حقوق الانسان قبل ان تولد هذه الثورة ، وان تسطر فلسفتها بعصور وعصور . ولكن الفقه أناط بالقضاء مهمة النضال في سبيل هذه المبادئ ولم ينط ذلك بقواعد موضوعية أو اجراءات محددة معقدة مضمونة الجواب اللهم باستثناء حق القاضي في تفتيش السجون واطلاق سراح المسجونين ظلما .

ولذا فقد تشدد الفقه الاسلامي في صفات القضاة وأعوانهم والشهود وتركيبتهم وتعديلهم ، وتشدد السمناني أكثر من غيره لعله سنشير اليها ، ولكنه لم يخدع بما اشترطه هو والفقهاء من قبله فقد اعترف لنا بمرارة بواقع الحال حيث انصح له معاشره شيخه قاضي القضاة الدامغانى ثلاثين سنة تولى فيها الشيخ قاضي القضاة منصب القضاء فحدثنا في مواضع مختلفة عن واقع القضاة وعن مجلس شيخه .

تلك هي خصائص النظام القضائي في الاسلام ، ولنا بحاجة الى ان نطيل القول فيها أكثر من ذلك ولا ان نعرض على القارئ القواعد الدستورية التي حررها الفقه في هذا المضمار لان كل ذلك سيذكر في كتابنا المفرد لنظام القضاء الاسلامي ولكننا سنكتفي في آخر هذا البحث باستنباط بعض هذه القواعد من كتاب السمناني ليكون مجموعها انموذجا لهذا الدستور .

لم يكن السمناني اذن نقالة جماعة في تصنيفه بل كان نقادة رسم لنا الجانب النظري ولم يخف علينا واقع حال القضاء في عصره فقلل الينا من تجاربه وملاحظته سير الواقع ومجرى الاحداث ما يجعل المتعة المرجوة من كتابه مضاعفة ، ولا غرو فقد اكوى السمناني نفسه بنار القضاء - كما سنرى - وقد أتيح له

أن يختبر ما سنّ من القواعد المثالية لدستور القضاء في ساحة القضاء نفسه فلم يكذب علينا ولا خاتل ولكنه لم يحد عن احترامه لشيخه قاضي القضاء واعطاه به ، وبما كان يجرى عليه العمل في زمانه في مجلس حكمه •

وثمة أشياء آخر يكشف عنها النقاب كتاب الروضة فان مؤلفه لم يكشف بتقرير احكام نظام القضاء في الاسلام ولكنه بين لنا وجه استنباط تلك الاحكام والقواعد فلم يكن يكتفي بالقياس على نظم الفقه الخاص^(١) من وكالة ونيابة بل كان يلحظ الفرق بين الامرين احيانا وكان في مواضع اخرى يعتمد في الاستنباط الى مقتضيات الحاجة والمصلحة •

والواقع ان جميع هذه الحقائق تبدو جلية في كتاب روضة القضاء حيث يقرر السمناني في مواضع مختلفة منها أوجه القياس على الوكالة ، ويقرر احيانا وجود الفارق بين القضاء والامامة وبين الوكالة ، وحيث يذكر بصراحة ان الامامة نيابة عن الامة ، وحيث يعرض علينا محاولة الفقه تخفيف عبء الحساب والمسؤولية عن عاتق القاضي المعزول بجعل القول قوله فيما يدعى عليه •

ترجمة السمناني :

مولده ودراسته :

وردت ترجمة السمناني في كل من الجواهر المضية (ج ١ ص ٣٧٥-٣٧٧) والفوائد البهية (ص ١٢٣ - ١٢٤) ومنهما يستفاد انه علي بن محمد بن أحمد الزحبي أبو القاسم ويعرف بابن السمناني • ذكره أبو عبدالله محمد بن عبد الملك بن ابراهيم الهمداني في طبقات ابي حنيفة فقال :
« مولده رجة مالك بن طوق^(١) » •

(١) مصطلح أردنا به المقابلة مع القانون الخاص كما ان الفقه العام نريد به ما يقابل القانون العام •

(٢) جاء في القاموس المحيط في مادة الرجب رجة المكان وتسكن : ساحته ومتسعه ، ومن الوادي مسيل مائة من جانبيه فيه •• والارض الواسعة المنبت المحلل ••••• ورجة مالك بن طوق (التغلبى) على الفرات •

ورد على قاضي القضاة أبي عبدالله محمد بن علي الدامغاني الكبير^(١) فقرا عليه مذهب أبي حنيفة .

وقرأ الكلام والاصول علي أبي علي بن الوليد^(٢) .

وكانت له تصانيف في الفقه والشروط والتواريخ وكتاب في أدب القضاة سماه روضة القضاة وهو تصنيف لطيف فرغ منه سنة ثمان وسبعين واربعمائة . وقد نسب لفخر الدين الزيلعي كتاب يسمى روضة القضاة وطريق النجاة، ولكن صاحب الفوائد البهية يقول ان الظاهر ان هذا خطأ (ص ١٢٤ منه) .

وثمة كتاب آخر يسمى روضة القضاة في المحاضر والسجلات تأليف مصطفى بن الشيخ محمد الرومي الحنفي^(٣) المتوفى سنة ١٠٩٧ أشار اليه ذيل كشف الظنون (مجلد ١ ص ٥٩٦) ولا ندري هل العلاقة بين الكتين قاصرة على اقتباس اسم الثاني من الاول أم ان الثاني رجع الى الاول في موضوعه ومادته أيضا^(٤) .

(١) هو محمد بن علي بن محمد بن الحسين بن عبدالملك بن عبد الوهاب الدامغاني الكبير أبو عبدالله (٣٩٣ بدمغان - ٤٧٧ هـ ببغداد) قاضي القضاة الامام العلامة تفقه على الصيمري ببغداد وسمع من أبي عبدالله محمد بن علي الصوري وروى عنه عبدالله الاتماطي وغيره واصحابه كثيرون لا يحصون ، وكان متضلعا في الخلاف . وفي مكتبة الاوقاف ببغداد رسالة فقهية للدامغاني ضمن مجموعة مخطوطة رقمها ٣٢٧ أما عنوان هذه الرسالة فهو مسائل في دعوى الحيطان والطرق والابواب في الفقه وقد اطلعت على هذه الرسالة فانتهيت الى انها ليست من تصنيف الدامغاني وانما هي لمؤلف مجهول نقل عن الدامغاني وعن الذخير وغيرهما .

(٢) في أول ورقة من نسخة قليج علي باشا ترجمة مقتضبة للسمناني جاء فيها «شيخه ابو علي محمد بن احمد بن الوليد» .

(٣) منه نسخة خطية في مكتبة عموجة حسين باشا برقم ١٩٢ واخرى في مكتبة أسعد أفندي برقم ٨٠٥ - ٨٠٦ .

(٤) ومن الكتب التي استعارت من روضة القضاة عنوانها كتاب « روضة الاحكام وزينة الحكام » وهو مختصر في القضاء لابي نصر القاضي شريح بن عبدالكريم الروماني الشافعي وقد وردت الاشارة اليه في كشف الظنون مجلد ١ ص ١٩٢٣ .

ثقافته :

فالسمناني اذن كان فقيها ومؤرخا ولغويا تثقف بثقافة عصره من فقه وكلام وأصول وتاريخ الخ ، وصنف روضة القضاء وطريق النجاة في موضوع من اهم موضوعات الفقه الاسلامي ، ومما يستدل به على ثقافته اللغوية مشاركته في حركة شرح النصوص الادبية فان في حوزة مكتبة الاوقاف العراقية مخطوطا عنوانه :

حاشية على مقامات الحريري • وقد جاء في دليل هذه المكتبة المسمى بالكشاف ان هذه الحاشية بقلم أبي القاسم علاء الدين محمد بن علي السمناني المتوفي سنة ٤٩٣هـ وهذه المخطوطة مرقمة بالرقم ٢٩٩ •

آثاره :

صنف السمناني في موضوعات متعددة في الفقه واصوله والتاريخ واللغة وروضته من أهم ما صنفه في الفقه فلنعد إليها فإنها محور هذا التعريف :

لقد اشترنا من قبل الى ان احكام منصب القضاء تير لنا أهم جوانب الفقه الاسلامي ونعني بذلك الجانب العام من هذا الفقه المعني بتصوير هذه السلطة من سلط الدولة سلطة القضاء ، فاحكام القضاء اذن من اهم موضوعات « الفقه العام المقابل للقانون العام في القوانين الوضعية في عصرنا هذا وان لم يعرف الفقه الاسلامي هذه التفرقة بين الفقه العام والفقه الخاص كما عرفت القوانين الوضعيه تفرقة مثلها بين القانونين العام والخاص •

ولقد سلك الفقهاء في تدوين احكام هذه السلطة والقواعد المنظمة لها مسلكين :

فمنهم من عالجها باعتبار موضوعها من جملة موضوعات الفقه فلم يفردها بمؤلف فرد مستقل ، ومنهم من أفردها بمؤلف خاص كما فعل السمناني حين أفردها بكتابه الفرد الجامع لمباحث هذه السلطة وقواعدها على أن من الفريق الاول من أسهب في التأليف وأطنب حتى جاء بحته في أدب القضاء أشبه بمصنف فرد في الموضوع كما فعل الماوردي في الحاوي •

ومن مزايا كتاب الروضة أنه لم يقتصر على سرد وجهة نظر المذهب الحنفي وحده ولكنه عالج موضوعه علاجاً جامعاً موازناً فعرض لمختلف وجوه النظر في المذاهب الإسلامية المختلفة من حنفية وشافعية وزيدية وإمامية وخوارج وأكثر من الموازنة بالدرجة الأولى بين أقوال الحنفية والشافعية وكل ذلك على طريقة علم الخلاف أى على طريقة الفقه الموازن بمصطلح عصرنا هذا ان ضحت هذه الاستعارة فاسع بذلك أفق هذا الكتاب ، وقد كان الدامغاني استاذ السمناني من المتضلعين بعلم الخلاف فقل عن بعض مصنفاته وأشار الى ما جرى عليه العمل فى تلك الفترة الطويلة التى تولى فيها شيخه المذكور منصب قاضى القضاء فجاء كتاب الروضة جامعاً بين ما دونه الفقه فى موضوع القضاء من قواعد نظرية وبين ما أسفر عنه العمل والتطبيق من حقائق ، وهذه اهم ميزة انفرد بها هذا الكتاب عن سائر ما ألف فى موضوعه .

ان المضلة التي يواجهها الباحث في العلوم الانسانية هي معضلة استحالة اختبار النظم في مختبر واجراء التجارب عليها تمحيصا لها ، ولكن السمناني أتى تحت له هذه الفرصة النادرة في مجلس قضاء شيخه حيث سجل لنا فى نهاية اكثر فصول كتابه صوراً متمعة مما كان يقع فى ذلك المجلس روازن بينها وبين ما قرره الفقهاء ورسموه للقضاء من قواعد نظرية فكان ذلك المجلس مختبراً للنظام القضائي فى عصره .

ومع ان هذا الكتاب متواضع العنوان اذ يقتصر على الاشارة الى « القضاء » والقضاء فان موضوع الكتاب فى الحقيقة أوسع من ذلك :

١ - فقد عني السمناني بجميع جوانب الفقه الاسلامي العام بما عقده من موازنات بين الخلافة والقضاء ، وبين سلطة القاضى والامام . وما يشترط فى كل منهما من الصفات ، وكيف يعزل كل منهما النخ فجاء بذلك كتاباً جامعاً فى الفقه الاسلامي العام غير قاصر على بحث سلطة القضاء وبذلك يمكن القول ان السمناني كان من فقهاء الفقه العام الى جانب تضلعه بالفقه الخاص ، وانه بذل فى تطوير مبادئ الفقه العام جهوداً ، وقدم لنا نماذج من الصياغة القانونية فى هذا المضمار ،

شأنه في ذلك شأن الماوردي وإن لم يبلغ شأن الماوردي لاقباله واكثر الماوردي
فيما صنف من كتب في حقل الفقه العام .

٢ - وقد عقد السمناني في آخر كتابه فصولا أرخ فيها للقضاة الى زمانه
فدل بذلك على مدى تضلعه في تاريخ الاسلام .

والى جانب ذلك فان مؤلف روضة القضاة كان نسج وحده كما يظهر من
مقدمة كتابه ، فانه لم يقتصر على جمع اقوال من تقدمه من المؤلفين السابقين في
هذا الموضوع ولكنه نظر فيما ألفوه نظرة الناقد الفاحص فتكشفت له عيوب
تأليفهم من تقصير وتقديم ما لا يحتاج اليه من مقدمات الى غير ذلك من الماخذ
فحاول أن يحترز منها . والواقع ان طريقة هذا المؤلف في الجمع بين اسلوبى
النقد والتجميع ان دلت على شيء فانما تدل على سعة اطلاعه وتوقد ذكائه في
تلك الحياة المضطربة التي قاسى آلامها وشدائدها ولم تنصفه في أعز الاشياء عليه
وعلى كل انسان كما سنرى .

(٢) هذا عن الروضة والسمناني في موضوع القضاء العملي كتاب أشار
اليه اسماعيل باشا البغدادى في كتابه هدية العارفين^(١) واسماه « العروة الوثقى
في الشروط » .

وحدثنا السمناني نفسه عن كتاب له في هذا الفن سماه « كنز العلماء
والمعلمين في علم الشروط فهل هما كتاب واحد أم كتابان ؟

هذا ما لا نستطيع الاجابة عليه جوابا جازما فلنكتف بالنظر الى ما ذكره
السمناني نفسه عن كنزه حيث قال في روضة القضاة في باب كاتب القاضي :

وقد كنا صنفنا في الشروط كتابا سميناه كنز العلماء والمعلمين في علم
الشروط على نمط يخالف في الترتيب سائر كتب من تقدم وهو مما لا يستغنى
عنه عالم ولا متعلم ، وفيه من الفقه والتعليل لكل شرط ، وذكرت خلاف
الناس فيه .

فالروضة والكنز كلاهما يعالجان نظام القضاء فتتاوله الروضة من جوانبه النظرية ويتاوله الكنز من جوانبه العملية والتطبيقية ، فيعني ببحث الشروط وفي هذا يقول السمناني في تحديد العلاقة بين كتابيه هذين :

« ففيه ما يعين على هذا الكتاب (الروضة) ، كما ان في هذا الكتاب ما يعين على ذلك » .

٣ - والى جانب كتابي الروضة والكنز تشير كتب الطبقات كما ذكرنا الى ان للسمناني تصانيف في الفقه ولا نعلم عن هذه التصانيف شيئا حتى الآن^(١) .

٤ - كما تشير هذه المراجع الى أن للسمناني تصانيف في التواريخ^(٢) .

٥ - وللسمناني كما قلنا شرح على مقامات الحريري منه نسخة مخطوطة في مكتبة الاوقاف العراقية وقد اطلعت عليها فوجدت في آخرها العبارة الختامية الآتية « تم الكتاب بعون الملك الوهاب على يد مؤلفه العبد الفقير الى الله الغني به علي بن محمد المدعو بعلاء السمناني ، بلغه الله كل ما يهواه من المطالب والاماني ليلة السبت وقت العشاء السابع عشر من شعبان ٥٠٠٠ » ومن المؤسف له ان تاريخ سنة الكتابة قد طمس بحيث لا يقرأ .

٦ - وله أيضا سراج المصلي وشروط الصلاة اشار اليه بروكلمان في الملحق ١ ص ٦٣٨ وذكر ان نسخة خطية منه في مكتبة قليج برقم أ، ٣٧٨ .

(١) على ان السمناني يحدثنا في كتاب روضة القضاء ان له في هذا المضمار كتاب « الهادي الى النظر في المسائل وطلب الدلائل » وكتاب التشويق الى العلوم والبحث عن حقيقة المعلوم وشرحه رسالة عنوانها « المسئلة النظامية في الاشربة » وقد حدثنا في موضع آخر من الروضة ان كتابه المسمى بالتشويق الى العلوم يحتوي على مقدمة في الحساب مهد بها لغوامص مسائل الميراث وأنه أودع في كتابه هذا أصول الدين وأصول الفقه ومسائل الفروع والحساب والفرائض ونوادر المسائل التي تراخى بها العلماء .

(٢) فقد أشار السمناني في الروضة الى كتابه المسمى المرشد النظامي وهو كتاب في التاريخ واسمه الكامل المرشد الى معرفة اصحاب النبي (ص) والتابعين بعدهم والخلفاء والخوارج وظاهر ان هذا الكتاب من قبيل تواريخ الاعلام .

حياة السمناني المضطربة

هذا المصنف المثقف المتعدد جوانب الفكر والثقافة النقادة الفاحص المتأمل لم يها في حياته بما يحقق له العزة والكرامة وان بلغ في زمن نظام الملك مرتبة « صاحب الخبر » فقد نكب منذ اللحظة التي حملت فيها أمه في نسبه حين شاءت الأقدار أن تحمل به أمه وان تاصبها العداء زوجة حرة فتحمل زوجها على بيع تلك الجارية المنكودة قبل أن تظهر عليها علامات الحمل لمن يحملها الى خارج العراق ويسدل الستار عليها وعلى من ستلده .

كانت حياة السمناني اذن مضطربة قاسى فيها الامرين من الشدائد والآلام في مجتمع كان يضع أبناء الجوارى في منزلة دنيا ، ولا يفسح لهم مجال التقدم الا بشق الانفس ، فقد ولد من جارية ولادة مغمورة ونشأ في رحبة مالك بن طوق على الفرات ، بعيدا عن كنف أبيه محروما من شفقتة ومن اخوة اخيه لايه ، ولكنه تمكن من شق طريق الحياة بصبر وأناة وكانت أمه حريصة على أن ترفعه الى المنزلة التي اريد اصاؤها عنها فدفعته الى دور العلم وأوصته أن يعود أدراجه الى موطن آبائه وأجداده الى العراق ليدرّس الفقه على الدامغاني قاضي القضاة ، ويبلو حلو الحياة ومرها فتمكن من شق طريق الحياة بصبر وناة ولم يعلن الثورة على المجتمع اعلان مستهتر بالقيم والتقاليد ولا اعلان ناغم على الاوضاع والنظم ولكنه أعلنها اعلان مؤمن بالحق والمثل العليا ووجد ضالته في القضاء فتمسك بكل ما يحقق مثله الاعلى فيه من شروط الكمال فبرهن بذلك على أصالة نفسه وكان - كما قيل - كثير الشبه بأبيه .

وحين تمكن من ثقافة عصر وبلغ فيها ما بلغ توفي اخوه من الزوجة الحرة ، فأراد أن يثبت نسبه من أبيه ، وأن يبرهن ان أمه الجارية كانت في الحقيقة ام ولد ، وانها حملت به من قاضي الموصل أبي جعفر السمناني ، ولكنه أخفق في اثبات هذا النسب ، ولم يلتفت الى دعواه قاضي القضاة رغم شدة الشبه بينه وبين أبي جعفر السمناني ، فقد طعن في دعواه النسب بأنه : لا تصح منه الدعوى

لانه مملوك اسمه ظاهر ، كما هو ثابت في محضر شهد فيه قوم بذلك .
ولقد اختتمت تلك الدعوى الفاشلة وجهوده المتواصلة في التظلم منها
بالمصالحة على ست مائة دينار يؤدي قاضي القضاة منها أربعمائة دينار .

صاحب الخبر :

ولكن مافقده الرجبي من جاء النسب عوض عنه بعض العوض فقد نفق
سوقه لدى نظام الملك الوزير السلجوقي فجعله صاحب خبره^(١) ببغداد ،
واجرى له في كل سنة نحواً من سبع مائة دينار .

عقد نفسية :

هذا النسب الذي اخفق الرجبي في اثباته ، وهذا المنصب المغمور الذي
حصل عليه لم يدخل الطمأنينة والراحة على نفس هذا الفقيه المؤرخ اللغوي على
مايظهر ، فقد ساءت حالته النفسية رغم المعاش الذي اجرى عليه وثقة الوزير به .

وقد جرت عليه تلك « العقد النفسية » آلاماً شديدة ومصائب متوالية ،
لان نسبه المفقود لم يعوض بمنصب غير مغمور ، ولان الناس في عصره لم تكن
لتكبر الفقيه اذا ارتقى منصب القضاء فكيف بمن قنع بأن يكون « صاحب خبر »
أي رئيساً للمخابرات السرية التي أقامها الوزير السلجوقي الدكاتور لرصد
أخبار العراق واخبار الخلافة العباسية التي جردت من كثير من سلطاتها واصبحت
مجرد اطار يزين شرعية السلطنة السلجوقية وان حرصت أن تستبقي القضاء
في قبضتها ، ولقد حدثنا المصادر حديثاً مقتضياً عن تلك الحياة المضطربة التي
قضاها الرجبي السمناني في بغداد في منصبه الجديد غير قرير ، حيث تقبول
الجواهر المضية ان السمناني « ظهر منه تهجم في القول في مجلس الوزير أبي
سجاء فخرج توقيع المقتدي بأمر الله بتأديبه ، وقرئ التوقيع في المركب في
اول شهر سنة ثمان وسبعين واربعمائة » .

وتأفل الناس في بغداد ذلك الحادث بالتعليق والتأويل ، وكثرت الشائعات
وفي هذا تقول الجواهر المضية (ج ١ ص ٣٧٧) .

(١) ترجم بروكلمان هذا المصطلح الى الالمانية بمصطلح Berichterstatter

« وتداول أهل بغداد ما خرج في معناه ، وجلس اياما في دار بالقرب من دار الخلافة وجلس ، واطلق ولازم منزله ، فورد نظام الملك الى بغداد ، وخطب الخليفة فيه ، وورد بعد ذلك بستين عميد الملك أبو منصور بن جهير فراعاه ولاحظه » .

هذه الاخبار المضطربة والوقائع الدالة على مدى الاحتكاك بين الخلافة العباسية والسلطنة السلجوقية والصراع الخفي على اقتسام النفوذ في تلك الرقعة التي قامت فيها الامبراطورية السلجوقية كان ضحيتها صاحب الخبر حيث قدر له ان يقيم بين شقي الرحى وان يتكلف الخليفة الغضب عليه والامر يحبسبه وأن تسارع الدولة السلجوقية الى التشفع له وانقاذه .

دعواه إثباته النسب :

ولا يفوتنا بعد هذا وقد عرفنا طرفا من سيرة هذا الفقيه المنكود أن تستعرض تلك المحاكمة التي حاول خوضها لاثبات نسبه وكيف اخفق فيها وما اعقب ذلك من تظلمه وصلحه لما في هذه المحاكمة من غرابة وطرافة وتصوير لاخلاق ذلك العصر وطبيعة الروابط الاجتماعية بين مختلف طبقاته فقد اشرنا انه دفع ببرد دعواه لثبوت رقه بوثيقة دونت فيها شهادة شهود اعدت من قبل اعدادا محكما فاسقط في يده ولم يحرج جوابا ، ولكنه عاد يتظلم من الحكم ثم اضطر الى قبول التصالح مع القاضي الذي رد عليه دعواه .

لقد روى لنا حوادث هذه القضية ، وسير المحاكمة فيها وطرق التظلم منها كتاب الجواهر المضية .

وتبدأ حوادث هذه القضية بوفاة أحد القضاة من اسرة السمناني ويدعى أبو الحسين بن أحمد بن جعفر بن محمد ، فقد توفي سنة ٤٦٦ هـ « فحضر (مجلس القضاة) أبو القاسم الرحبي غداة ، وقد خرق ثيابه ، وشوش عمامته وتخفى في مشيته ، وفعل فعل اهل المصائب ، وذكر انه اخوه ، وادعى ان القاضي أبا جعفر السمناني أبوه » .

وتسأل الناس عن اسرة السمناني وعن سمنان التي تنسب اليها ؟

وبعد أن رفعت الستارة عن هذه البداية المسرحية واسكت الجلاوزة اللفظ وقطع على المتهمين الهمس واستمع الى اقوال ابي القاسم ، لم يلتفت قاضي القضاة الى دعواه « وكتب محضرا واخذ فيه خطوط جماعة » •
وخرج ابو القاسم منكس الرأس يخط برجليه خطوط اليأس والغيظ والناس بين شامت به وبين ناغم على قاضي القضاة •

وفي الفصل الثاني من هذه المسرحية نجد ابا القاسم يطرق باب الخليفة متظلما بأسلوب مسرحي آخر حتى « تقدم القائم بأمر الله بأن يعقد لاجله مجلس في دار الاستاذ ابي الفصل محمد بن عامر وكيله في المخزن » واسدلت الستارة قليلا لترتفع عن فصل آخر حيث « حضره كافة اهل العلم والقضاة والشهود ورفعت الستارة عن هذا الفصل الجديد المتوتر وقد انضحت الرؤوس من نقل العمائم واشتبكت الاصابع بالحصى ، وقد تصدى للمدعي ابن المحسن وكيل زوجة المتوفى •

وبدا بين الطرفين حوار خاطف فتقدم السمناني وهو يحدث نفسه حديث الواق بصوت منخفض :

— لقد أعددت لكل شيء يقوله ابن المحسن وكيل الزوجة جوابا •
ولكنه ما يكاد يخطو خطوتين حتى ينبري له ابن المحسن مخاطبا القاضي أبا الحسين محمد بن محمد البيضاوي :

— أيها القاضي ان هذه الدعوى لاتصح من هذا ثم يشير الى المدعي قائلا له بسخرية لازعة واحتقار :

— أنت ! أنت لاتصح منك الدعوى ، لانك مملوك !

ويتهامس جمهور الحاضرين •

ويذهل على السمناني من تلك التهمة التي رافقته من الرحبة الى بغداد •
ويهم بالجواب
ولكن الوكيل يفحمه قائلا :

- واسمك ! اسمك ظاهر

ثم يخرج الوكيل من كفه محضرا بذلك وقد شهد فيه قوم بذلك فيشره ملوحا به وتسدل الستارة والمدعي يستغيث :

- رباه ! ما أظلم الانسان

لقد تحيرت في أمري

وها أنا ذا لا أجد من ينصرني

أأنا مملوك حقا ؟

ولست حرا ؟

فتوالى القهقهات وهو يقول :

- وأي ذنب لي في كل ما قدر لي ! ألست انسانا ! ويسمع صوت يقول :

- يا للمصلوك انه يتحدى المقدور ؟

وتسدل الستارة بسرعة لترتفع عن قوم يتهايمون :

صوت - لقد عاد الفقيه المملوك أخيرا

آخر - صه صه لقد عاد الينا وكأنما هو غيره

ثالث - وكيف أيها الرجل

الصوت الثاني - انه اليوم صاحب الخبر ببغداد ومن ورائه نظام الملك الوزير وجندي من جنود السلاجقة يتبعه كالظل لينقض كالصاعقة على من يشير اليه بطرف بانه .

الصوت الثالث - انه سيستقم

رابع كلا ، انه اليوم في محنة فقد ظهر منه تهجم في القول في مجلس الوزير ابي شجاع فخرج توقيع المقتدي بأمر الله بتأديبه وسيقرأ التوقيع في المركب ثم يحبس .

صوت آخر : والدولة السلجوقية ؟ ان نظام الملك من ورائه ، انه سيعود الى سابق عهده ان السلاجقة لا يرضون الهوان لاتباعهم .

تلك هي فصول المسرحية التي شهدتها بغداد في زمن الخليفة القائم بأمر الله أو لقطات منها :

وفي خضم تلك الاحداث لم ينصرف السمناني عن التأليف فخلف لنا كتابه « روضة القضاة » يدعو فيه لقضاء عادل ، قضائه على جانب كبير من العلم بالشرع والاجتهاد لو أمكن تحقيق حلمه المنشود .

ما أثمرته روضة القضاة :

أما وقد علمنا ان مصنف روضة القضاة كان ضحية من ضحايا القضاء فاحقق في اثبات نسبه من اسرة السمناني العراقية العريقة ولم ينصف في مجلس القضاء ، ولا في مجلس التظلم وآب من دعواه بصلح يقاسي فيه مرارة الحرمان ، حرمان ابن الجارية من نسب السيد مولاها كما هزمت أمه من قبل في صراعها مع السيدة زوجة قاضي القضاة أبي جعفر فبيعت بثمن بخس فهل اثرت تلك الاحداث على نفس المؤلف .

أجل لقد أثرت كل الاثر ولكنه تماسك وتجلد كما أشرنا فدل على نجابة وصلابة في الحق واتجه الى التأليف ليحيط بتأليفه عالم الحق بما يمكنه من الضمانات الخلقية وعمد الى تبسيط مؤلفه ليكون مرجعا لا للعلماء والخاصة فقط بل للمتعلمين والعامة ليتعلم الجميع حقوقهم المقررة شرعا وليتعلم الانسان ان له كرامة وحقوقا .

وأكبر الظن ان تلك الاحداث أثرت في نفسه تأثيرا عميقا فحذر من تولية القاضي الجاهل لان « البليه به أشد » لاسيما اذا اختصا في المعاملات والمواريث والمسائل المشككة في الفروع التي يتجاذبها شبه الاصول .

وحذر من تولية « متهم في الحكم لثلا يجور » وكتب يقول : لا ينبغي أن يختار للقضاء « الا من يغلب على الظن أنه اوفيا مختار ، واكمل انسان » .

وينبغي لمن تملك الولاية أن يختار لهذه الرتبة من لا يقدر العالم على اصلاح منه ، ولا أفضل ولا اكمل ، كما اختار الله تعالى لرسالته صفوة كل عالم ، وهذا

التشدد في اختيار القضاة وتطلب الكمال فيمن يولى القضاء لا نجد له نظيراً في أدب القضاء للماوردي - مثلاً - فإن الماوردي مال الى الاعتدال في اشتراط الفضل في القاضي لما هو معروف عنه من واقعيته ، ولذا فإن الماوردي صاغ القاعدة المعتدلة الواقعية الآتية فقال :

« اذا تكاملت شروط القضاء في جماعة ، كان الاولى بالامام أن يقلد أفضلهم ، فان عدل عن الأفضل الى المقصر انعقدت ولايته ، لان الزيادة على كمال الشروط غير معتبرة » (أدب القضاء له ٢٥/١) •

وهكذا كان السمناني يتمنى أن لا يرقى الى دست القضاء الا انسان كامل علماً وعدلاً واجتهاداً لينصف أمثاله من جشع الارملة وغيره الضرة •
ثمادج من قواعد الفقه الإسلامي كما صاغها السمناني :

وثمة مزية اخرى يلمسها قاريء هذا الكتاب : الا وهي عرض المسائل الفقهية بشكل جذاب بارع الصياغة جاهز للتدوين القانوني بمجهود قليل يبذل في هذا المضمار واليك بعض الامثلة على ذلك :

العقد الموقوف :

ففي العقد الموقوف صاغ القاعدة الآتية :

كل عقد لو تقدم عليه الاذن نفذ ، اذا تأخر عنه الاذن انعقد موقوفاً على من له حق العقد (الحنفية) •

اخرى بعكسها

لا ينعقد شيء من العقود موقوفاً على الاجازة •

تولية المرأة القضاء :

وذكر في آخر بحثه عن تولي المرأة القضاء قاعدة جامعة لحقوق المرأة وبرز كرها الفقهي فقال :

« وأجمعوا على أنها يجوز أن تكون وصياً ، ووكيلاً ، وقاسماً ، وأميناً وانها كالرجل في سائر العقود •

وانها أولى من الرجل بالحضانة والتربية وانها يقبل قولها فيما لا يطلع عليه الرجال ، ولا يقبل قول الرجال في ذلك ، •
ان هذه العبارة الجامعة لحقوق المرأة ومركزها القانوني في الفقه الاسلامي يمكن أن تصاغ قاعدة قانونية بتعديل يسير بأن يقال مثلا :
قاعدة :

- أ - للمرأة أن تكون وصيا ووكيلا وقاسما وأمينا •
- ب - وهي كالرجل في سائر العقود ، وأولى منه بالحضانة والتربية •
- ج - ويقبل قولها فيما لا يطلع عليه الرجال دون أقول الرجال •

باب في الإمامة

وصاغ عند بحثه عن واجبات الخليفة تجاه الرعية وحقوقه على الرعية قواعد جامعة من قواعد الدستور الاسلامي ، وفي الامكان بعد تعديل يسير أن نصوغ عبارته بعد تجريدها مما لا صلة له بأسلوب التشريع من عبارات الشرح والايضاح على النحو الآتي :

- قاعدة - يتعين الامام بالاختيار •
- اخرى :

يتعين بالنص (الامامية)

- قاعدة - اذا عقد للامام فالعبرة بالعقد الاول • واذا وقع عقدان معا ينمقد للأفضل (وقيل بالبطلان وبالقرعة) •

قاعدة - يقع اختيار الامام بأن يجتمع جماعة من صلحاء الامة واهل الحل والعقد والعلم والامانة فيعقدوا للامام ولا يفتقر الى جميع الامة في ذلك •
قاعدة - الدعوة طريق للإمامة وهي أن يباين الانسان الظلمة ويأمر بالمعروف وينهى عن المنكر وتجتمع فيه شروط الامامة فيكون اماما وان لم يبايع على ذلك (الزيدية) •

اخرى • لا يكون

- قاعدة - لا يجوز أن يتعدد الامام في العصر •

قاعدة - يشترط في الامام أن يكون ذا رأي وسياسة وشجاعة وان يكون في ظاهره عدلا ، فان كان فاسقا لم يؤمر ، ولم يعقد له ولاية ولم تجب طاعة .
قاعدة - ليس للامام ان يجبي ما لا يستحقه ، ولا أن يعطي ما يجب (المصالح العامة وشؤون الرعية) لنفسه ولا لغير مستحقه .

قاعدة - على الامام التسوية في الاحكام والعطاء وقسمة الفيء ووضع كل حق في موضعه ، ومنع المظالم .

قاعدة - للامام على الرعية أن يسلموا اليه ماوجب من حق في المال له أخذه وله عليهم السمع والطاعة فيما يأمر وينهى عنه ، ما لم يكن معصية لاحكام الشرع .

وأن يمكنوه من إقامة الحدود عليهم في أنفسهم واتباعهم .
وهكذا يمكن أن نضيف الى هذه القواعد الدستورية قواعد اخرى مستخرجة من هذا الكتاب بعد تعديل يسير وتجريد قليل .
فقول مثلا :

قاعدة - لا يصح عقد الامامة خاصة ، بل لاتقع الا عامة عموما لا تخصيص فيه بحال .

قاعدة - الامام نائب عن المسلمين يستوفي ماوجب لهم من الحقوق ويوفيهما مايجب لهم ، ويستوفي منهم مايجب استيفاؤه من الحقوق العامة وينفذ عليهم الاحكام .

قاعدة - اذا جار الامام واعتدى وتمرد واحتوى على الاموال وجب على المسلمين خلعه ومنعه والاستبدال به .

قاعدة - يشترط في الامام أن يكون قرشيا (مذهب الجمهور) .
اخرى - لايشترط (رأي الخوارج وبعض أصحاب الحديث) فيجوز أن تكون الامامة في غير قریش وغير العرب .
قاعدة - الامامة حق لكافة المسلمين ولهم أن يصرفوها الى من شاؤوا ممن يعلمون أنه يقوم بها .

قاعدة ، اذا اسر الامام وتعدر على الناس الوصول الى اذنه جاز لهم نصب غيره وسقط عنهم حكم ولايته .

قاعدة - لا يشترط في القاضي أن يكون عربيا .

قاعدة - يقضي القاضي على الامير ، ويقضي له ، وان استفاد النظر منه .

قاعدة - ليس للقاضي أن يتصرف الا فيما يجوز للامام أن يتصرف فيه .

قاعدة - لا ينقض قاضي اهل العدل من أحكام قضاء الخوارج^(١) الا ما

ينقض من أحكام غيرهم ، كل ذلك بشرط أن لا يكون قاضيه ممن يستتبع

دماء اهل العدل وأموالهم وان يكون عدلا مجتهدا .

قاعدة - يشترط في الحاكم أن يكون ذكرا بالغاً عاقلاً حراً ، مسلماً عادلاً ،

غير متهم في الحكم .

قاعدة - يجوز أن تلي المرأة القضاء فيما يجوز أن تقبل شهادتها فيه ،

وحدها أو مع الرجال ، ولا يجوز في الحدود والقصاص (أبو حنيفة) .

اخرى - يجوز أن تتولى المرأة القضاء في جميع ذلك (الخوارج) .

قاعدة - لا ينبغي أن يولي القضاء الا الموثوق في عفافه وعقله وصلاحه وفهمه

وعلمه بالسنّة والآثار ووجوه الفقه (عن مختصر الطحاوي) .

قاعدة - لا يولي الحكم الا رجل من أهل الاجتهاد (الروضة) ولا تنعقد

ولاية العامي (الشافعي ومحمد بن الحسن عن الروضة) .

قاعدة - لا يشاور القاضي اذا نزل به المشكل الا أميناً عالماً بالكتاب والسنّة

والآثار وأقاويل الناس (أي الفقهاء) والقياس وانساب العرب (عن المزني) .

قاعدة - يولى القاضي من جهة الامام .

قاعدة - يشترط في الامام أن يكون ذكراً (وشذت الخوارج فأجازت

إمامة الانثى) .

(١) يراد بالخوارج في كتاب الروضة ما يراد بالمحاربين في القانون الدولي العام المعاصر حين يكسب الثوار صفة المحاربين وذلك قياساً على فرقة الخوارج التي خرجت على الامام علي (س) .

قاعدة - إذا عزل الامام القاضي فأحكامه نافذة وقضايه ماضية حتى يصله كتاب العزل وشهادة الرسول بذلك .

قاعدة - إذا ادعى على القاضي المعزول أنه ارتكب في قضائه السابق ظلماً أو تعدياً فالقول قول القاضي المعزول ولا يمين عليه .

قاعدة - إذا تظلم من القاضي المعزول متظلم ، وسأل القاضي المولى احضاره لم يحضره حتى يسأله عما بينهما .

قاعدة - إذا ادعى على القاضي المعزول أنه حكم بجور نظر في ذلك فان كان مما يسوغ فيه الاجتهاد أمضاه ، وان كان لايسوغ فيه الاجتهاد ابطله ، كما يبطل حكم نفسه اذا رده الاجماع .

قاعدة - خطأ القاضي على نوعين :

ماهو حقوق الله كالحدود فهو في بيت المال .

وما هو حق العباد فذلك واقع على من حكم له به ، يغرم ذلك المقضي له ، ولا شيء على القاضي فيه ، والمال اذا لم يقدر على رده ففيه غرم المثل ، والقيمة والدية . وان كان قائماً بنفسه رده على صاحبه ، ولا غرم على القاضي .

في الثورة على الظلم

قاعدة - يسأل الامام الخوارج عما دعاهم الى الخروج فان ذكر شيء ظلموا فيه أنصفهم من الظلم ، والا دعاهم الى الرجوع الى الجماعة والدخول في طاعة الامام ، فان فعلت والا قوتلت .

في التحكيم

وفي التحكيم يمكن استخلاص القواعد الآتية :

قاعدة - يجوز أن يحكم الخصمان رجلاً واحداً ، ويجوز أن يحكما رجلين فما زاد ولهما أن يخرجوا الحكمين من الحكم .

قاعدة - لا ينفذ الحكم من الحكم على غير الخصم الذي حكمه .

قاعدة - اذا حكم الحكم بشيء ثم رفع الى القاضي وكان موافقا للحق ورأيه أمضاه والا رده .

الختام:

والحاصل فان كتاب روضة القضاة جدير بعناية الجامعة والباحثين وبأن يتخذ مرجعاً للدرس في معاهد الدراسة العالية في الفقه الاسلامي والقانون لكن ما ذكرناه من مزاياه وفي سيرة مؤلفه ما يصلح نواة لمسرحية أو رواية سينائية تمثل نقائص ذلك العصر ومظالمه ومآسيه والصراع بين القوى والطبقات .

ولحسن الحظ فقد عثرت في سفرتي الأخيرة الى الجمهورية التركية صيف سنة ١٩٦٧ على نسخ اخرى من كتاب الروضة في بعض مكتبات الاستانة فطلبت من مكتبة السليمانية تصويرها وسأواصل تحقيق هذا الكتاب ونشره باذن الله وتوفيقه ، وسأختار من بعد ذلك للنشر ما كتب عن القضاء في أهم مخطوطات الفقه التي لم تشر لما تزخر به هذه الفصول من القواعد التي ديجتها براعة الفقه الاسلامي كالفقهاء التي قرأتها في مخطوطة شرح الزيادات للاوزجندي في مكتبة راغب باشا في الاستانة حيث جاء في باب الدعوى في هذه المخطوطة .

بني هذا الباب على أن القاضي مأمور بالنظر والاحتياط ، لانه نصب ندفع الظلم وايصال الحقوق الى أربابها فيحتاج لايقاتها ويتحرز عن تعطيلها . ان هذه العبارة يمكن أن نستخلص منها القاعدة الآتية :

« القاضي مأمور بالنظر والاحتياط لأرباب الحقوق والتحرز عن تعطيلها ودفع الظلم » .

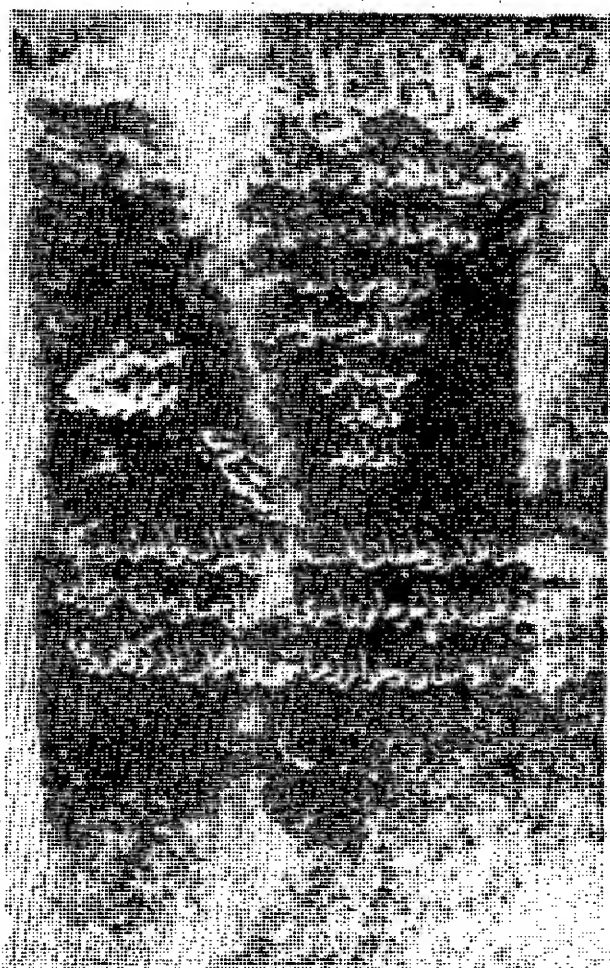
وهذا شبيه بما تقرر في القواعد الوضعية أي في فقه الدساتير وقوانين السلطة القضائية والمرافعات من أن القاضي ممنوع من انكار العدالة بحجة عدم النص كالمادة (٣٠ من قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩) .

والخلاصة فنحن أمام تراث فقهي دستوري ، قضائي جدير بالعناية والنقد والتحصيص .

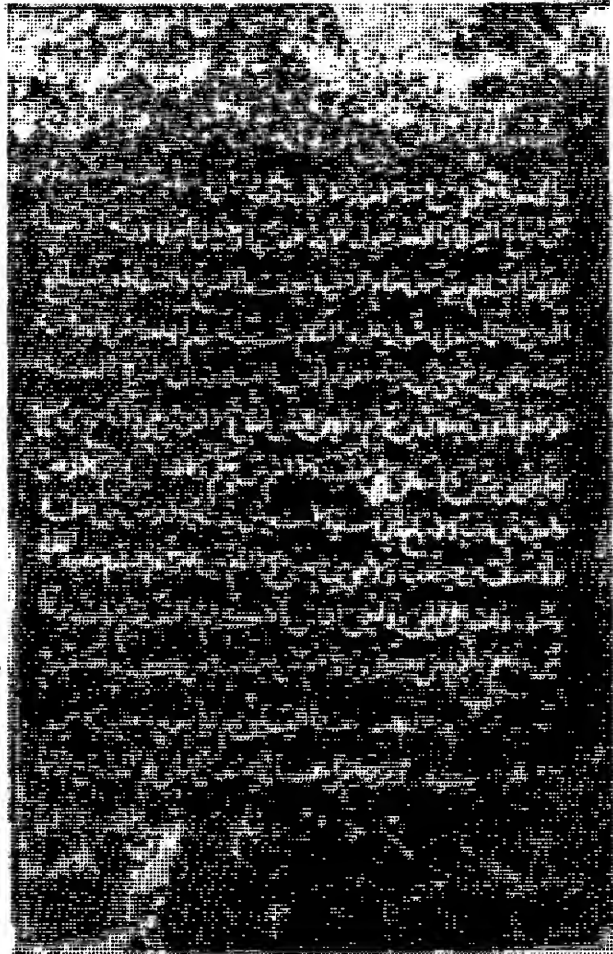
مراجع البحث

- ١ - الجواهر المضية
- ٢ - الفوائد البهية
- ٣ - كشف مخطوطات الاوقاف .
- ٤ - طبقات الفقهاء لعلي القاري . مخطوط الاوقاف
- ٥ - الكامل لابن الاثير
- ٦ - تاريخ بغداد للخطيب
- ٧ - طبقات الفقهاء للشيرازي
- ٨ - بروكل ٣٧٣/١ والذيل ٦٣٨
- ٩ - شرح الزيادات للاوز جندي . مخطوط في مكتبة راجب باشا في اسطنبول ومنه نسخة في مكتبة الاوقاف العراقية برقم ٤٠٥٠ .
- ١٠ - شرح أدب القاضي لابي بكر الخصاف ولشارحه حسام الدين عمر بن عبدالعزيز بن مازة الشهيد (- ٥٣٦) . منه نسخة خطية بمكتبة الاوقاف برقم ٣٥٠٥ .
- ١١ - لوازم القضاة والحكام في اصلاح أمور الانام لضحكي (مصطفى بن ميرزا بن محمد بن ياردم السيروزي ١٠٩٠ هـ) مخطوط بمكتبة الاوقاف برقم ٣٩٠٤ .
- ١٢ - معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الاحكام للطرابلسي القدسي (علاء الدين علي بن خليل) (٨٤٤٠ هـ) . طبع
- ١٣ - معين الحكام على معرفة غوامض الاحكام للغزي الدمشقي (أبو الروح عيسى بن عثمان بن عيسى) (- ٧٩٩ هـ) مخطوط بمكتبة الاوقاف برقم ٣٦٦٨ .
- ١٤ - نصوص وصكوك ووثائق شرعية من العهد العثماني مجموع رقمه ٣١٨١ (أوقاف) .
- ١٥ - نصوص وصكوك ووثائق شرعية ومجالس ، مجموع رقمه ٣١٨٢ (أوقاف) .

- ١٦ - عماد الرضا بأدب القضا لذكرى الانصاري (- ٩١٠ هـ) مجموع
رقمه ٣٢٠١ (أوقاف) ومجموع آخر رقمه ٣٢٢٣ .
- ١٧ - رسالة في التناقض للملا محمد الحنفي مجموع رقمه ٣٣٣٨ (أوقاف)
- ١٨ - أدب القضاء لابي يوسف . مخطوط مصور في مكتبة المجمع العلمي .
- ١٩ - طبقات الشافعية الكبرى للسبكي (تاج الدين أبو نصر عبد الوهّاب
بن علي الكافي تحقيق محمود الضاحي وعبد الفتاح محمد الحلّ) .
- ٢٠ - روضة الحكام وزينة الاحكام للقاضي أبي نصر شريح بن عبد الكريم
بن الشيخ ابي العباس احمد الروياني المتوفى سنة ٥٠٥ هـ مخطوط بالمكتبة
الظاهرية بدمشق رقمه ٢١٧٤ (فقه شافعي ٢٣٧) .
- ٢١ - البداية والنهاية لابن كثير .
- ٢٢ - أدب القاضي من الحاوي للماوردي (علي بن محمد بن جيب - ٤٥٠ هـ)
تحقيق محيي هلال السرحان .
- ٢٣ - أسد الغابة في معرفة الصحابة .



صحيفة الفلاف من النسخة المعتملة



اول صحيفة من النسخة المعتمدة

ملاحظتان

ملاحظة : ولا يفوتنا اخيرا أن نشير الى أننا اعتمدنا في تحقيق روضة
القضاة نسخة معهد المخطوطات العربية واشربنا في الهوامش الى ما ورد زائدا
او مغايرا لها من نسختي منيخ وقلنج علي باشا •

ملاحظة : لقد فاتني أن اشير الى ان كتاب روضة القضاة في المحاضر
والسجلات لمصطفى بن الشيخ محمد الرومي الحنفي الذي اشربنا اليه في
الصحيفة (١٧) ليس له كبير صلة بروضة السمناني فقد اطلعنا على نسخة من
روضة الشيخ محمد الرومي في المكتبة المليية بازمير في صيف سنة ١٩٦٩
فوجدنا ان مصنفها كان من قضاة الاناضول فجمع نماذج من الوثائق والصكوك
اغلبها باللغة التركية ، ولعله لم يستمر من روضة السمناني سوى الصوان •

صورة ما جاء في الصحيفة الأولى

من مخطوطات الكتاب

كتاب أدب القاضي المسمى بروضة القضاة^(١)

تأليف

الشيخ الإمام العلامة أبي القاسم علي بن محمد بن أحمد

السمناني

تغمده الله تعالى برحمته

وهو بخط مؤلفه

وذكر في آخر هذا الكتاب انه فرع من تأليفه صبيحة يوم الجمعة
مستهل صفر الخير من سنة ثمان وسبعين واربعمائة •
قال عبدالقادر في طبقات الحنفية : السمناني بكسر السين المهملة وسكون
الميم وفتح النون وفي آخرها نون اخرى ، نسبة الى سمنان مدينة من مدن
قومس بين الدامغان وخوارزم •
انتهى من الكتاب المذكور بحروفه^(٢) •

(١) في نسخة منيخ : كتاب روضة القضاة وطريق النجاة •
(٢) في نسخة منيخ : قرأ على قاضي القضاة أبي عبدالله الدامغانى الكبير ،
وينقل عنه فى هذا الكتاب اشياء فى مواضع •• كما ذكره صاحب الكتائب
فى ترجمة أبى عبدالله الدامغانى الكبير •

مقدمة المصنف

بسم الله الرحمن الرحيم

نصر من الله وفتح قريب ، وما توفيقى الا بالله ^(١) ، الحمد لله الذي أمر الخلق باتباع دينه ، وتصديق رسوله ، وأمر بالاعتداء بأحكامه ، والاختذ بما سن ^(٢) وشرع من الأحكام في كتابه وعلى لسان رسوله ^(٣) عليه السلام من اتباع العلماء والاختذ ^(٤) بقول الأئمة الفقهاء ، وجعل العلماء ورثة الأنبياء عليهم السلام ، يقومون مقام الرسل في حفظ الشرع ، والشهادة بتبليغ الدين ، كما جعل رسوله عليه السلام شهيدا عليهم « ليهلك من هلك عن بينة ويحيى من حيى عن بينة » ^(٥) .

فقوام الدين بالعلماء وثبات الشرع بالفقهاء ، فلولاهم لما عرف حلال من حرام ، ولا حق من باطل ، ولا أمر من نهى ، ولا ناسخ من منسوخ ، ولا مجمل من مبين ^(٦) ، ولا مباح من سنة ، ولا سنة من بدعة ، ولا فرض من نفل ، ولا صدق من كذب ، ولا نبي من متب ، ولا إمام من أنام ^(٧) ، فهم صفوة الخلق ، وشهود الله على الحق ، وأحق الناس بالأكرام والتعظيم ، فالله يرعى من رعاهم ويكرم من يكرمهم ويعظم من يعظمهم من كبير أو صغير [وجليل وحقير ، وحقه ^(٨) على فقهاء العصر من هم في نعمة يتقلبون ومن بحار جوده يغترفون وفي رياض احسانه ^(٩) يتمتعون ، الباني لهذه ^(١٠) المدارس ،

-
- (١) فى نسخة منيخ بدلا من ذلك : وبه الاعانة والتوفيق .
 - (٢) فى نسخة منيخ : بما بين .
 - (٣) فى نسخة منيخ : نبية .
 - (٤) فى نسخة منيخ : والاعتداء .
 - (٥) الانفال .
 - (٦) فى نسخة منيخ بعد هذا : ولا مطلق من مقيد ولا اسم من حكم ولا حد من رسم ولا واجب من نديب .
 - (٧) فى النسختين الآخرين : من غير امام .
 - (٨) فى نسخة منيخ : وحفظ .
 - (٩) فى نسخة منيخ : جوده .
 - (١٠) فى نسخة منيخ : لهم .

والذاب عنهم فى المجالس والمكرم لهم عند السلطان ، والمقرب لهم فى كل مكان صدر الاسلام والمسلمين^(١) نظام للملك وقوام^(٢) الدين العادل العالم المنصور المظفر الذي من اسمه تشتق الاسماء ، ومن افعاله تتلقب^(٣) ومن طهارته تقدم وهو أبو علي الحسن^(٧) بن علي بن اسحق رضى أمير المؤمنين رضى الله عنه^(٥) واعلا ذكره .

ولما كانت نعمه عندي جسيمة وأياديه عظيمة ، أحيت أن أودع ذكره كتابا يحتاج اليه العلماء والمتعلمون ، والخاصة والعامة ، ولا يستغني عنه في أدب الفقه على جميع مذهب الفقهاء ، القبه من لقبه وأرسمه^(٦) من أدبه ، وأودعه من نقول^(٧) علمه .

اسمه روضة القضاة وطريق النجاة ، الناظم للشرع والمقيم للدين ، أودعه مالا يوجد لاحد تقدم من العلماء فى كتاب فى هذا الشأن ، فقد صنف فى ذلك كتب كثيرة كالذي صنفه الخفاف والطحاوي ، والاصطخري ، ومحمد بن الحسن [الشياني] وسائر شروح الضالعين^(٨) فمنهم من أطال ، ومنهم من قصر ، ومنهم من قدم مالا يحتاج اليه ، ومنهم من أخر ، ولم يرتب الابواب ولا عقد الفصول ، ولا كشف قناع العلم ولا أتى بما يحتاج اليه على نمط الحاجة .

وكتابي هذا يشتمل على ذكر القاضي وصفته التي يكون عليها ، وما يتعلق^(٩) بجانب القاضي ، وذكر المقتضى له ، وذكر المقتضى عليه ، وذكر ما يقع

(١) ما بين قوسين من نسخة قليج علي باشا ونسخة منيخ .

(٢) فى نسخة منيخ : قوام الدين .

(٣) كذا أيضا فى نسخة منيخ ولعلها تتلقف .

(٤) فى نسخة منيخ : الحسين .

(٥) فى النسختين بعد ذلك : واعز نصره .

(٦) فى نسخة قليج علي باشا : ومنيخ : اسمه .

(٧) فى نسخة قليج علي باشا : وميخ : فنون .

(٨) فى النسختين : شيوخ الطائفتين .

(٩) فى نسخة منيخ : مما .

[القضاء به]^(١) من الامور كالينة وعلم القاضي وما يمنعه^(٢) وذكر ما يقضي به^(٣) وذكر ما يجوز أن يقضي به مالا يجوز أن يقضي به ، وذكر الازمان والامكنة في القضايا والشهادات^(٤) مما^(٥) لا يوجد لاحد قد جمعه في كتاب لجميع من تقدم من العلماء فأما من تأخر فلا علم لنا به ، وبما يكون منه .

وأنا أرتب أولا عدد الابواب في كل فصل ثم أرجع واشرح الحال في كل باب^(٦) ، واستوفي ما فيه من الفصول ، وأحكمي في كل فصل ما هو متفق عليه ، وما هو مختلف ، وما يجب أن يفعل في المنازعات والدعاوى واليانات والايمان وكيفيةها ، والنكول وكيفية ومواضعه ، وسائر ما يتبع ذلك . وأنا اسأل الله تعالى تسهيل هذا الذي قصدت اليه ، وتيسيره علي والتوفيق والتسديد وأن يصلي على محمد النبي وآله وأصحابه ، ويرحم جميع العلماء من جميع أمته ، آمين رب العالمين .

-
- (١) من النسختين الاخرين .
 - (٢) في نسخة منيخ : وما يتبعه .
 - (٣) في النسختين : وذكر صفة المقضى به .
 - (٤) في نسخة منيخ : وتواريخ الشهادات
 - (٥) في نسخة منيخ : ما .
 - (٦) في نسخة منيخ : واشرح الباب في كل حال .

تعداد موضوعات الكتاب باب صفات القاضي وشروطه

وهذا باب ما يختص بالقاضي من الصفات والشروط والأحكام

وهو يشتمل على أبواب وفصول :-

- منها اعتبار الذكورية
- ومنها البلوغ
- ومنها العقل
- ومنها اعتبار الحرية
- ومنها الاسلام
- ومنها اعتبار الورع مع الاسلام
- ومنها اعتبار العدالة
- ومنها اعتبار العلم ، وشروطه وحد الاجتهاد
- ومنها صفة المولى^(١) وما يجب عليه من الشروط
- ومنها كيفية الولاية « للقضاء »
- ومنها ما يشترك فيها الوالي [والمولى]
- ومنها ولاية الخوارج للقضاء وما قيل في ذلك
- ومنها اذا « حكم » الرجلان حكما
- ومنها جواز الدخول في القضاء وذمه وجواز [أخذ الرزق على] القضاء وحكم الرشوة عليه ، ومنها « احوال » القاضي التي يقضي فيها وما يتفرع عليها ، ومنها دخول البلد الذي عليه ، وما يفعله وما يستحب له ويكره ، وفصول ذلك
- ومنها كيفية جلوسه وأحواله والمكان الذي يقضي فيه « وما يكره له ويستحب ويقضي به »
- ومنها قبض ديوان الحكم وتسلمه

(١) في نسخة منيخ : المولى للقضاء وما يجب عليه من الشروط

باب أعوان القضاء

- ومنها ذكر كاتب القاضي وما ينبغي أن يكون عليه من الصفات •
- ومنها ذكر حاجب القاضي •
- ومنها ذكر وكلاء القاضي وما يجب عليهم •
- ومنها ذكر أعوان القاضي وأتباعه والمحضرين •
- ومنها ذكر أصحاب مسأله عن الشهود •
- ومنها ذكر صاحب الحبس الذي يكون عليه •
- ومنها ذكر بواب القاضي وما يجب عليه •
- ومنها ذكر الجلواز^(١) بين يديه وفي مجلسه •

باب سلطة القاضي

- ومنها جواز النيابة عنه في الحكم •
 - ومنها وقوف الحكم على اجازته •
 - ومنها ما يطل ولاية القاضي •
 - ومنها موت القاضي والامام •
 - ومنها عزل القاضي وخلع الامام •
- ومنها معاملة القاضي والامام في ماله ومال غيره ويدخل في هذه الجملة
فصول كثيرة وخلاف كثير ومسائل جمة ، تراها في هذه الابواب ان شاء الله •
فهذه الابواب جملة ما يقع «الكلام» فيها في القاضي وطريق ولايته واحواله •

باب المقضي له

- فأما الكلام في المقضي له ، وهو المدعي فهو على^(٢) أبواب منها من المدعي
والصفة التي يكون عليها ومنها جواز العدوى بقبول المدعي •

(١) الجلواز ههنا بمعنى الشرطي القضائي •

(٢) في نسخة منيخ : فيشتمل على •

ومنها الموضع الذي يعدى^(١) القاضي على الخصم ، ومنها كيفية احضار الخصم الى القاضي .

- ومنها العذر الذي يسقط الحضور .
 - ومنها ذكر الامتناع عن الحضور الى القاضي .
 - ومنها ذكر دعوى النساء والدعوى عليهن .
 - ومنها دعوى العبد والمكاتب ومن فيه رق .
 - ومنها دعوى الغير عن الغير ، ويشتمل على أبواب :
 - منها دعوى الولي للمصنير .
 - ومنها دعوى الوكيل لغيره .
 - ومنها دعوى الامين .
 - ومنها دعوى الوصي لليتيم والميت .
 - ومنها دعوى الشريك والدعوى عليه .
 - ومنها دعوى المضارب والدعوى عليه .
 - ومنها دعوى المولى عن العبد .
- ويدخل في هذه الجملة فصول كثيرة ومسائل جمة منراها عند التفصيل في ذكر مايجوز القضاء فيه ، وما لايجوز .

باب المقضي عليه

- فأما الكلام في ذكر المقضي عليه وهو المدعى عليه فيشتمل على أبواب :
- منها ذكر أحوال المدعى عليه .
 - وصفاته التي يكون عليها .
 - ومنها ذكر القضاء على الحاضر .
 - ومنها جواز القضاء على الغائب .

(١) نسخة منيخ : الدعوى والصواب ما أثبتناه من النسخة المعتمدة والعدوى طلبك الى وال ليعديك على من ظلمك أى ينتقم منه يقال استعديت الامير على فلان فأعداني أى استعنت به عليه فأعانني . والاسم منه العدوى وهي المعونة (مختار الصحاح) .

- ومنها ذكر القضاء على الميت
- ومنها كيفية القضاء على الورثة
- ومنها ذكر القضاء على من هرب من الحضور وتغيب ويدخل في هذه الجملة فصول كثيرة ومسائل جمة نراها في مواضعها

باب ما يقع القضاء به

- فأما الكلام فيما يقع القضاء به من الأمور كالبينة وعلم القاضي والافرار والايان فيشتمل على جملة من الابواب نحن نرتبها ونقسمها
- منها الكلام في الشهود
 - ومنها الكلام في عدد الشهود
 - ومنها الكلام في صفة الشهود
 - ومنها ما يقبل فيه شهادة النساء خاصة
 - ومنها الموضع الذي يعتبر فيه قول الرجال خاصة
 - ومنها الموضع الذي تقبل فيه شهادة الرجال والنساء
 - ومنها ما يقبل فيه شهادة العبد
 - ومنها ما يقبل فيه من ظاهره العدالة
 - ومنها ما يقبل فيه قول الناس ويصح به
 - ومنها ذكر الشاهد واليمين وما يقضي به فيه
 - ومنها ما يقبل فيه^(١) الاستفاضة
 - ومنها الشهادة وما يعتبر في جوازها وطريق حصولها ، والتركية وشروطها وطريقها
 - ومنها ما ترد به شهادة الشاهد
 - ومنها ذكر الشهادة على الشهادة
 - ومنها الموضع الذي يقبل ذلك فيه

(١) في نسخة منيخ : وذكر ما يقبل فيه

- ومنها عدد شهود الفرع في موضع قبولها ، ومما يلحق بذلك النكول عن
الايمان اذا وجهت اليمين •
- ومنها الموضع الذي يقضي فيه بالنكول •
- ومنها كيفية القضاء بالنكول وفصوله •
- ومنها اليمين وما يجب في معرفتها •
- ومنها صفة اليمين وكيف يحلف •
- ومنها ما لا يجب فيه اليمين وما لا يحلف عليه ^(١) •
- ومنها الموضع الذي يحلف فيه على البت ^(٢) والعلم •
- ومنها رد اليمين ، والموضع الذي ترد ^(٣) فيه •
- ومنها اقامة البينة بعد اليمين •
- ومنها الرجوع عن الشهادة وفصول ذلك ومسائله •
- ومنها علم القاضي وما يجوز أن يقضي فيه بعلمه وما لا يقضي فيه •
- وتشتمل هذه الجملة على مسائل كثيرة •
- ومن ذلك مكاتبة القاضي الى آخر ، وما ينبغي أن يكتب وما لا يكتب وفصول
ذلك •

باب المقضي فيه

فأما الكلام في المقضي فيه فيشتمل على أبواب كثيرة ومعان جمة منها اقوال
ومنها أفعال ، فأما الاقوال فيقع القضاء فيها بما يلزمه ^(٤) تملك المال ، ومنها
ما يلزمه ^(٥) عقوبة ، فالاول العقود كلها ، والاقارات والايقاعات ^(٦) وكل
ما طريق ثبوته القول •

-
- (١) في نسخة منيخ : فيه •
- (٢) البت : القطع •
- (٣) في نسخة منيخ : لا رد •
- (٤) في نسخة منيخ : يتبعه •
- (٥) في نسخة منيخ : يتبعه •
- (٦) في نسخة منيخ : (والايقاعات) وهو غلط •

ونحن نرتب هذه الأبواب والكتب على هذا النحو ، بخلاف ترتيب الكتب في الخلاف والمذهب^(١) ، ونبين تعلق بعضها ببعض فنبداً بما طريقه القول الى العقود والاقراءات فأول ذلك النوع : الرهن والتفليس ، الحجر ، الضمان والكفالة ، الحوالة ، الاجارة ، المزارعة ، المساقاة ، الهبة ، العارية احياء الموات . الشركة . المضاربة ، المأذون ، الوديعة ، الوكالة ، الوصية ، الاقرار . الصلح . الوقف . القسمة ، الشفعة ، النكاح ، الصداق ، القسم ، الرضاع . الخلع . الطلاق . الرجعة^(٢) ، الايلاء ، الظهار ، اللعان ، النفقات ، العتاق . المكاتب . التدبير . الاستيلاء . الايمان . الجنایات^(٣) قتال أهل البغي ، المرتد ، الصول ، السيرة ، الغنيمة ، الغصب ، الاكراه . الحدود . الزنا والقتل . السرقة وقطاع الطرق . الاثرية والاطعمة والضحايا والصيد ، والذبايح والسبق ، والرمي ، اللقطه ، اللقيط . المواريث . أبواب شتى مختلفة الوضع^(٤) ، وباب يذكر فيه من ولي القضاء الى هذا الوقت .

فهذا ترتيب الكتب . .

وأنت تجد في كل كتاب من المسائل والأبواب والفصول مالا تجده في غير هذا الكتاب مجموعا ، ونحن نبتدىء بمساربتنا أولاً فأولاً ، ونسوق الخلاف والوافق الواقع فيه إن شاء الله « تعالى » .

-
- (١) يقصد بالخلاف كتب علم الخلاف وبالمذهب منهجه هو أي المذهب الحنفي .
 (٢) في نسخة منيخ : العدد ، الرجعة .
 (٣) في نسخة منيخ : وأما الافعال (فتشمل) الجنایات والديات .
 (٤) تختلف النسخ جميعها في ترتيب هذه الموضوعات .

الكتاب الأول

التنظيم القضائي

١ - صفات القاضي

وشروطه

١ - اعلم ان الكلام في هذا الباب يجب أن نعلم أولا ان تسمية القاضي بهذا الاسم هل هو مثل اسم الحاكم ؟ وهل هو اسم مدح أو فيه ذم ؟ وهل يستوي الاسمان في المعنى أم لا ؟

٢ - فالقضاء^(١) فعل اشتق منه لفاعله اسم ، وكذلك الحكم^(٢) .

٣ - وقد اضاف الله تعالى القضاء اليه في القرآن على وجوه فقال :
« وقضى ربك أن لا تعبدوا الا اياه »^(٣) .

(١) القضاء لغة الاتقان والاحكام وهو في الشرع فصل الخصومات (تبيين الحقائق للزيلعي ١٧٥/٤) وفي كتاب سبيل السلام للصنعاني ان القضاء في الشرع هو الولاية المعروفة ، وهو في اللغة مشترك بين احكام الشيء والفراغ منه ، ومنه فقضاءهن سبع سموات ، وبمعنى امضاء الامر ، ومنه وقضينا الى بني اسرائيل ، وبمعنى الحتم والالزام ، ومنه وقضى ربك الا تعبدوا الا اياه . وفي الشرع الزام ذي الولاية بعد الترافع ، وقيل هو الاكراه بحكم الشرع في الوقائع الخاصة لمعين أو جهة ، والمراد بالجهة كالحكم لبيت المال أو عليه . (سبيل السلام ١١٥/٤) .

(٢) الحكم : القضاء ، وقد حكم بينهم يحكم بالضم حكما . وحكم له وحكم عليه . والحكم أيضا الحكمة من العلم ، والحكم بفتحين الحاكم ، وحكمه في ماله نحكما اذا جعل اليه الحكم فيه ، فاحتكم عليه في ذلك واحتكموا الى الحاكم وتحاكموا بمعنى . والمحاكمة المخاصمة الى الحاكم (مختار الصحاح) .
والحاكم نائب عن الله في أرضه ، في انصاف المظلوم من الظالم وايصال الحق الى المستحق ، ودفع الظلم عن العباد ، والامر بالمعروف والنهي عن المنكر (تبيين الحقائق للزيلعي ١٧٥/٤) .

(٣) بنو اسرائيل (٢٣) وقضى ههنا بمعنى أمر (تفسير غريب القرآن لابن قتيبة) وتأويل مشكل القرآن له أيضا ، ٣٤٢ .

قيل ان معنى ذلك أنه أمر .
وقال :

« قضاهن سبع سموات في يومين » (١) .
قيل خلق .
وقال :

« والله يقضي بالحق » (٢) .
يعني يحكم .
وقال :

« وقضينا الى بني اسرائيل في الكتاب » (٣) .
قيل اعلمهم بأضافة القضاء الى نفسه ، وتدخ بهذا الاسم وذكره في عدة مواضع مضافا اليه ، وقد اضاف الحكم اليه فقال :
« والله يحكم لا معقب لحكمه » (٤) .

وأمر أنبياء عليهم السلام بالحكم بما أنزل ، ونهاهم عن الهوى وأمر بتابع ما في التوراة والانجيل ، وحث نبيه على الحكم بما أنزل اليه ، وجعل ذلك مهيمنا على ما أنزل على غيره فقال :

« وان احكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهوائهم واحذرهم ان يفتنوك عن بعض ما أنزل الله اليك » (٥) .
وقال :

« لكل جعلنا منكم شرعة ومنهاجا » (٦) .

٤ - وقد اختلف الناس في ان اسم القاضي اشرف من الحاكم ام هما سواء ؟

-
- (١) السجدة ١٢ .
(٢) الرعد (٤٣) .
(٣) المائدة .
(٤) (المائدة ٥١) .

فمنهم من قال :
 إن اسم القاضي أشرف في اللغة .
 ومنهم قال بالعكس من هذا .
 ومنهم من قال هما سيان ، ولهذا اضافهما الله تعالى اليه على سواء .
 ورأيت كثيراً من القضاة يكره أن يخاطب بالحاكم ويانس في القاضي .
 وكان شيخنا قاضي القضاة أبو عبدالله رحمه الله يبتدل أبدأ هذا الاسم
 يعني الحاكم ويلج على الخطاب بالقاضي ، ولا أعلم هل قرأ ما صنف في الفرق
 بينهما أم لا ، او يقوله شهوة ولا شك أنه اسم مدح .

شرف رتبة القضاء

٥ - والقضاء رتبة شريفة ، ومنزلة رفيعة لا منزلة فوقها من المنازل ، ولا
 رتبة أوقا منها اذا اجتمعت شرائطها وحصل في القاضي ما يفتقر اليه من الخصال ،
 لانها التي تولاها الله تعالى بنفسه ، وبعث بها رسله عليهم السلام ، وتولاها رسوله
 صلى الله عليه ، وقام بها ائمة العدل بعده ، فينبغي لمن يملك الولاية أن يختار
 لهذه الرتبة من لا يقدر العالم على أصلح منه ولا افضل ، ولا اكمل ، كما اختار
 الله تعالى لرسالته صفوة كل عالم ورئيس كل جيل وافضل اهل كل زمان ، كما
 قال تعالى :

• ولقد اخترناهم على علم ^(١) العالمين
 وقال تعالى :

• الله اعلم حيث يجعل رسالاته ^(٢)
 وقال تعالى :

الله يصطفي من الملائكة رسيلا ومن الناس ^(٣)
 وقال :

(٢) الدخان ٣٢ •

(١) المائدة ١٢٤ •

اولئك الذين هدامهم الله^(١) .

وقال :

انا اخلصناهم بخالصة ذكرى الدار ، وانهم عندنا لمن المصطفين الاخيار^(٢) .

وقال :

كل من الاخيار^(٣) .

٦ - فلا ينبغي أن يختار الا من يغلب على الظن انه أوفى مختار ، واكمل

انسان .

شرائط تولي القضاء

٧ - فمن الشرائط التي لا بد منها في الحاكم أن توجد : أن يكون ذكرا

بالغا ، ويكون عاقلا ، لأن بالبلوغ يخرج من الصبا وبالعقل يصير مكلفا . لأن من ليس بعقل فهو مولى عليه كالمجنون والصغير .

٨ - ومنها أن يكون حرا ، لأن العبد مملوك المنافع^(٤) ، يتصرف فيه بالعقود

ويمنع من التصرف في الامور ، فمن لا يملك التصرف في نفسه فكيف يتصرف في غيره ؟

وهذه الجملة لا خلاف فيها نعلمه^(٥) .

٩ - ومنها أن يكون مسلما ، لأن الاسلام يعلو ولا يعلى عليه ولأن الكافر

لا يلي على المسلم .

(١) طه ٧٥ .

(٢) ٤٦ ص

(٣) من سورة (ص) وتتمام الآية « واذكر اسماعيل واليسع وذا الكفل ، وكل من الاخيار » .

(٤) هذا معناه أن الرق في الفقه الاسلامي قاصر على ملكية منافع العبد دون آدميته فهو لا يعد مالا كسائر الاموال .

(٥) سيستدرك بعد ذلك الخلاف في مسألة جواز تولية المرأة القضاء .

- ١٠ - ومنها أن يكون عدلا ، لان الفاسق لا يقبل قوله^(١) ، وقد أمر الله بالتوقف في قوله ، بقوله :
- « يا أيها الذين آمنوا إن جاءكم فاسق نبأ فتيّنوا أن تصيبروا قوما بجهالة »^(٢) ولانه متهم في الحكم لثلاثا يجوز^(٣) .
- ١١ - واختلف في جواز ولاية النساء للقضاء والحكم ، فقال أبو حنيفة وسائر أصحابه : يجوز ان يلين القضاء فيما يجوز أن تقبل شهادتهن فيه وحدهن أو مع الرجال ، ولا يجوز في الحدود والقصاص لان شهادتهن لا تقبل في ذلك .
- ١٢ - وقال الخوارج يجوز ذلك في الجميع .
- ١٣ - وقال الشافعي ومالك وغيرهما من الفقهاء لا مدخل للنساء في ولاية القضاء والحكم بحال .
- ١٤ - فأبو حنيفة جعل تضاءها بمنزلة شهادتها . قال : وقبول قولها في الشهادة على غيرها كقبول حكمها على غيرها لان في الشهادة معنى الولاية .
- والشافعي يقول : لو جاز قضاؤها في الاموال لجاز في الحدود والقصاص كالرجل ، ولجاز أن تكون اماما للجماعة .
- وقيل له : الحدود لا تقبل شهادتها فيها . ويجوز أن يقضي من لا يكون اماما كغير قریش من الناس .

(١) مذكرو السمناني من كون الفاسق لا يصلح قاضيا هو ما روى عن علماء الحنفية الثلاثة في النواذر كما جاء في تبين الحقائق للزيلعي . ولكن هذه الرواية ليست هي الظاهر من المذهب الحنفي ففي الكنز أن الفاسق اهل للقضاء كما هو اهل للشهادة الا أنه لا ينبغي أن يقلد ، ولو كان القاضي عدلا ففسق بأخذ الرشوة لا يتعزل ، ويستحق العزل ، وإذا أخذ القضاء بالرشوة لا يصير قاضيا (١٧٥/٤) منه . وفي تبين الحقائق (١٧٥/٤) « قال بعض مشايخنا : اذا قلد الفاسق ابتداء يصح ولو قلد وهو عدل يتعزل بالفسق لان المقلد اعتمد عدالته فلم يكن راضيا دونها . ومهما يكن فالعدالة في الفقه الحنفي هي من شروط الاولوية . وقال الشافعي لا يجوز الا أن يكون عدلا مأمونا »

(٢) السورة ٤٩ الاية ٦ .

(٣) في نسخة قليج (فلا يجوز) .

فصل

١٥ - واجمعوا على أنها يجوز أن تكون وصيا ووكيلا وقاسما وأمينا وإنها كالرجل في سائر العقود والحدود وإنها أولى من الرجل بالحضانة والتربية ، وإنها يقبل قولها فيما لا يطلع عليه الرجال ولا يقبل قول الرجال في ذلك • واختلفوا في ولاية النكاح ، وسيأتي ذلك في باب النكاح إن شاء الله « تعالى » والحمد لله وحده •

باب اعتبار العلم في القاضي وما يذكر في ذلك وشروطه

وحد الاجتهاد

١٦ - اعلم أنه لا يكفي أن يكون القاضي بالغا عاقلا صالحا ورعا حرا مسلما عدلا له تمييز ورأي في ولايته ، حتى يكون عالما لان العلم للقاضي كالألة بالنسبة لسائر الصانع •

أنواع العلوم الشرعية

١٧ - والعلم علمان :-

علم الاصول وعلم الفروع •

١٨ - فعلم الاصول هو علم التوحيد وما يجوز على الله تعالى وما لا يجوز عليه ، وعلم النبوات ونسخ الشرائع واقامة الدلائل على ذلك ، وابطال أقوال مخالفي الملة والقائلين بنفي الصانع والطباع والناسخ ، والفرق بين المعجزة والشعبة ، وطريق هذا العلم إنما هو سلامة الحواس ، وكمال العقل والتفكر في الموجودات ، ومتى اختل طريق معرفتها أو دخل في ذلك لبس لم يحصل للإنسان علم بذلك • ولهذا اتفقت الشرائع كلها في ذلك ولم يختلف فيها التكليف بل سوى فيها بين الرسول والمرسل اليه ، والحر والعبد ، والذكر والانثى ، والعامة والعلماء ، واستوى في ذلك التعبد في سائر الازمان ، وليس الغرض ذكر أنواع العلوم العقلية ولا قسمتها ولا جد الضروري منها والمكتسب وغير ذلك فلم نذكره لك •

١٩- والعلم الثاني هو علم الشرع ، وما تقرر فيه من الاحكام ، واختلف فيه من التكليف بين المسافر والمقيم ، والمريض والصحيح ، والحامل والحائل والحائض والطاهرة والذكر والانثى ، والحر والعبد ، والصغير والكبير ، والعاقل والمجنون ، والمكره والطائع ، والذاكر والناسي ، والقاصد^(١) والهازل ، ومختلف الاحكام باختلاف احوال الانسان ، ويجوز عنه النيابة في بعضها وفي بعضها لا يجوز ، وفي بعضها يلزم الحكم لغير الفاعل ولا يلزم الفاعل ، وفي بعضها يشتركان ، وفي بعضها لا يجب شيء أصلا ، وفي بعضها يستوفي المثل وفي بعضها تستوفي القيمة .

ما يجب أن يكون عليه علم القاضي

٢٠- فالقاضي يجب أن يكون عارفا بجميع الاحكام من الشرعيات حتى اذا ارتفع اليه في قضية عمل في قضائها^(٢) وبت حكمها ، مما هو مشروع في ذلك ، أما من اجماع أو خلاف ، ولا سبيل له الى العلم بذلك الا بطريق يوصل اليه ، والطريق له الى ذلك بعد سلامة الحواس وكمال العقل أن يكون عارفا بكلام أهل اللغة ، ومعاني كلامهم ، أو في حكم العالم بذلك ، وهذا يقتضي أن يعلم أولا ان الكلام هل هو توفيق أو ايقاف مصطلح عليه ، أو بعضه توفيق وبعضه اصطلاح ، ويعرف الحقيقة والمجاز^(٣) في لغة العرب ، ويعرف هل نقلت الاسماء الى الشرع ، أم هي مبقاة على ما كانت عليه في اللغة . ويعرف بعد ذلك الاوامر والنواهي ، ويميز بين ذلك بما وضع للتمييز بينها ، ويعرف العموم والخصوص وما يشتملان عليه من الاحكام ، كما يعرف أنواع الامر والنهي ومائلهما .

(١) في نسخة منيخ (والفاضل) ولا محل لها اذ يختل نسق الجملة معها ، وتقابل الاضداد والمراد بالقاصد من له قصد صحيح الى ما يوقعه من التصرفات والعقود فهو بذلك يقابل الهازل والمكره .

(٢) في نسخة منيخ : (في فصلها) .

(٣) المجاز : خلاف الحقيقة ولا يصار الى القول به الا اذا تعذر أعمال الحقيقة (أنظر في الحقيقة والمجاز كتاب الاحكام في أصول الاحكام للامدى : سيف الدين ابي الحسن علي بن ابي علي بن محمد - ط القاهرة ج ١ ص ٢٧ وما بعدها)

ويعرف المجلد والمبين وحدهما وما يتعلق بهما من المسائل المتفق عليها
والمختلف فيها ، ويعرف المطلق والمقيد ، وما يقيد الكلام وحدهما ويعرف الاستثناء
في الكلام ، والصفات الداخلة عليه . ويعرف الناسخ والمنسوخ ، وما يجوز نسخه
وما لا يجوز من الأحكام ، وما يجوز نسخ حكمه وتبقيته رسمه ، وما لا يجوز من
ذلك . ويعرف الأخبار التي هي الطريق إلى معرفة هذه الجملة وتفصيل أحكام
الأخبار وأنواعها ومسائلها . ويعرف الإجماع وحده ومسائله ، وما هو حجة فيه ،
وما ليس بحجة منه ، ويعرف بعد ذلك الأفعال وأحكامها وتفصيلها « وأقسامها » ،
ويعرف القياس وحده ومسائله وأبوابه وفروعه وشروطه .

ويعرف بعد ذلك صفة المفتى « التي ينبغي أن يكون عليها حتى تصح فتواه ويعرف
بعد ذلك صفة المستفتى » وما يجوز أن يقفه به وبينه له .
ويعرف بعد ذلك الحظر والاباحة ليحكم لكل فعل بما يجب ، ولكل قول
بما يلزم .

وستبين فيما بعد تفصيل هذه الأبواب عند ذكر صفة المجتهد والوالي والمولى .
٢١- فإذا كان القاضي جاهلاً بهذه الجملة فجهله بالتفصيل أعظم ، والبلية
به أشد ، لاسيما إذا اختصا في المعاملات والموارث والمسائل المشككة في الفروع
التي يتجاذبها شبه الأصول .
٢٢- وقد قال النبي عليه السلام لمعاذ بن جبل بماذا تحكم إذا ارتفع اليك
الخصمان فقال :

- بكتاب الله .

فقال :

- فإن لم تجد في الكتاب ؟

فقال :

- اطلبه في السنة .

قال :

فإن لم تجد ؟

قال :

• - أجتهد رأيي ولا آلو^(١) •

فقال عليه السلام :

« الحمد لله الذي وفق رسول الله لما يرضى الله ورسوله »^(٢)

فذكر وجوه الحكم •

فمن لا يعرف الكتاب وما فيه ، ولا السنة وما فيها ولا الاجتهاد وما فيه
فبأي شيء يحكم ؟ وإلى أي قول يذهب

٢٣- وقد كانت الصحابة رضى الله عنهم لا يولون الاحكام جاهلا ولا فاسقا
ولا ماجنا ولا من طعن عليه في دين أو دنيا •

٢٤- وكان بنو أمية ينادون في الموسم : لا يفتي أحد بمكة غير عطاء بن أبي
رباح^(٣) . لانه كان « القدوة » في زمانه •
وفي المدينة مالك بن أنس •

٢٥- وإذا نظر الى قضاة الصحابة والتابعين رضى الله عنهم رأيت العجب،
ولهذه الجملة لا بد من ذكر من ولي القضاء في زمن النبي صلى الله عليه وسلم
وبعده في باب اختتم به الكتاب إن شاء الله تعالى في فصل أحكى فيه الفاظ المصنفين في هذا
الباب (و) ما قالوا على جملتها من غير تحريف ، ثم احكى الخلاف بعد ذلك من اين
دخل عليهم ، والشبهة من أي وجه عرضت :

٢٦ - فحكى الطحاوي في مختصره^(٤) من غير خلاف ذكره انه قال :

(١)

(٢) تلخيص الجبير رقم ٢٠٧٦ وذخائر المواييت رقم ٦٢٩٨ •

(٣) من فقهاء التابعين واسم أبي رباح اسلم ، وكان مقلد الشعر اسود افطس
أشبل اعور ثم عوى ، وكان مولى فهر أو جمح • مات سنة ١١٤/١٥ هـ وهو
ابن ثمان وثمانين ، وكان من اجلاء الفقهاء •

قال ابراهيم بن عمر بن كيسان ان بني أمية كانوا يأمرؤن بالحج صائحا
يصيح :

لا يفتي الناس الا عطاء بن أبي رباح • (طبقات الفقهاء للشيرازي ص ٤٤) •
(٤) ص ٣٣٢ من مختصر الطحاوي •

ولا يولى القضاء^(١) الا الموثوق به في عفافه وعقله وصلاحه وفهمه وعلمه بالسنة والآثار ووجوه الفقه ، ولا يولى صاحب رأي لا علم له بالسنة والاحاديث ولا صاحب حديث ليس له علم بالفقه ، ولا ينبغي^(٢) أن يفتي الا من كان هكذا ، الا أن يفتي بشيء قد سمعه •

فصل

٢٧ - ومن أصحابنا من قال لا يولى الحكم الا رجل من اهل الاجتهاد^(٣) ولا يكون مجتهدا الا أن يعترف اصول الاحكام التي يجتهد فيها ، وهى الكتاب والسنة والاجماع والقياس والاستدلال ، ولا يمكنه علم هذه الاصول ولا الاستدلال بها وان كانت معلومة للنظر فيها الا أن يكون قد علمها على وجه مخصوص ، أو يكون في حكم العالم بها على هذا الوجه ، وهو أن يعلم انها ثابتة على وجه يجب أن يقبس عليها ويستدل بها ، لانه اذا لم يعلم ذلك لم يكن له أن يقبس عليها ويستدل بها لان مالا يعلم ثبوته لا يقاس عليه ولا يستدل به •

قال : وهذا القدر ، يقنى عن أن يقول لابد للقائس أو المستدل بهذه الاصول على الاجتهاد أن يكون عالما بالناسخ والمنسوخ والخاص والعام والحقيقة والمجاز ، والمحكم والمنشابه ، وجميع ما عدنا فيما تقدم ، لانه لا يكون عالما بشيء من ذلك حتى يعلم جميع الاقسام المقدمة • لانه اذا لم يعلم الناسخ لم يمكنه أن يعرف الحكم الطارئ الذي هو ثابت في الشرع •

٢٨ - وقد طول الجماعة الكلام في ذلك ، واخضر ما يمكن أن يقال أن يكون عارفا بالخطاب^(٤) وما يتفرع عليه ويستفاد به ، والافعال وما يتفرع عليها ويستفاد حكمه بها ، أو يرجع الى هذين الاصلين • فهذا اخضر ما يمكن • ويدخل فيه جميع ما ذكرناه (والحمد لله) •

(١) فى المختصر المطبوع : ولا ينبغي أن يولى القضاء •

(٢) أصل العبارة فى المخطوطة المعتمدة : ولا ينبغي له وما ذكرناه موافق لما فى نسخة منيخ •

(٣) فى الكنز ان الاجتهاد شرط الاولوية ١٧٦/٤ منه •

(٤) أى خطاب الشارع فى المصطلح الاسلامي والقاعدة القانونية فى المصطلح الحديث فى الفقه العربي •

فصل

٢٩- والمحكى فى الخلاف عن اصحابنا أنه يجوز أن يكون القاضى عاميا ، ويرجع الى أهل العلم فيعلم بما يقتون به ، لان الخصاف قال فى أدب القضاء :

« وان كان القاضي لتمييز له بعد ذكره لما يقضي به ، وتفضيله بما سذكروه فيما بعد ان شاء الله فأخذ بقول الفقيه رجونا أن لا يكون عليه شئ »^(١) .

٣٠- وقال الشافعي وغيره من العلماء وهو قول محمد بن الحسن : لاتعتقد ولاية العامي ، ولا يجوز لاحد أن يستفتي غيره ويحكم به على غيره . وليس ذلك لاحد بعد النبي صلى الله عليه وسلم .

٣١- قال فى كتاب المزني^(٢) فى أول باب : « ولا يشاور اذا نزل به المشكل الا أمينا عالما بالكتاب والسنة والآثار وأقاويل الناس^(٣) والقياس ولسان العرب ولا يقبل وان كان أعلم منه حتى يعلم كعلمه ان ذلك لازم له ، من حيث لم يختلف فيه الرواة ، أو بدلالة عليه أو انه يحتمل وجها اظهر منه ، فاما ان يقلده فلم

(١) جاء فى مخطوطة أدب القاضى للخصاف مما علق عن أبى بكر احمد بن علي الرازى (ج ١ ص ٦) « قال : واذا اشكل عليه شئ فشاور فى ذلك رجلا فقيها واحدا ، فهو فى سعة أن يأخذ بقوله ، اذا لم يكن للقاضى فى ذلك رأى » .
(٢) هو أبو ابراهيم اسماعيل بن يحيى المزني من أصحاب الشافعي ولد سنة ٢٧٥هـ وتوفى سنة ٣٦٤هـ وقد صنف فى منهب الشافعي : المبسوط والمختصر والمنثور والوسائل وكتاب الوثائق ، ثم تفرد بالمذهب وصنف كتابا مفردا على منهبه لا على منهب الشافعي (صفات الشافعية للمصنف ص ٥) ولعل المقصود بالاشارة اليه فى روضة الفقهاء هو الكتاب الاخير .

(٣) يلاحظ أن قوله عالما بأقاويل الناس ينصرف الى اختلاف الفقهاء ويهمل الاشارة الى ضرورة احاطته علما بأقضية القضاة فى عصر الاجتهاد المطلق أما السمرقندى فى خزانة الفقه فقد كان ادق عبارة حين اشترط علمه بسيرة من مضى قبله من القضاة والفرق بين العبارتين مرجعه الى تغلب الفقه على القضاء فى عصر السمناني (انظر خزانة الفقه لابى الليث السمرقندى ص ٣٩٩) .

يجعل الله عز وجل ذلك لأحد بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ولكنه
يجمع المختلفين لأن اسيد لقضيته ويكشف بعضهم على بعض .

٣٢- (قال الشافعي)^(١) : « وان لم يكن في (عقله)^(٢) ما اذا اعتدل القياس عقله ،
واذا اسمع القياس ميزه فلا ينبغي أن يقضي ولا لاحد ان يستقصيه » .

٣٣- اعلم ان ما اعتمدته الشافعي رحمه الله لا يوجد لاحد في الدنيا على
ما قال ، وانما العمل اليوم في الولاية على ما ذهب اليه اصحابنا ، وان كان ما
قاله اذا وجد اولى وأصوب لأن الله تعالى قال : « فاسألوا أهل الذكر ان كنتم
لا تعلمون »^(٣) واذا حكم بقول أهل الذكر فقد أدى ما وجب عليه لأن فصل
القضاء فرض توجه عليه فعله فهو كما لو استفتى في حق نفسه وما يوجه عليه
من الحكم ولا خلاف بيننا أنه يقلد في حق نفسه ، وهو يقول قال الله تعالى :

« وان احكم بينهم بما انزل الله »^(١) وهذا أمر للحاكم لا لغيره ، ولأنه لا يجوز
أن يكون مفتيا ، فلا يكون حاكما كالكاfer والصبي ولأن العلم رأس مال الحاكم
وآلة له ، فكيف يصح عمل من لا آلة له ، وهذه الجملة نكتة المسألة . وأبو حنيفة
جعل حكمه كشهادته ، فاذا وجدت جميع الشرائط في الحاكم امن المولى له الحكم
وهذا باب يذكر فيه صفة المولى وما يجب أن يكون عليه من الشرائط « والله
أعلم بالصواب واليه المرجع والمثاب » .

(١) هذه الزيادة ليست في النسخ المخطوطة ولكن سياق الكلام يقتضيها وقد
وردت في عبارة الماوردي في أدب القاضي (رقم ١٥٠٣) .

(٢) من نسخة منيع وفيها : « وان لم يكن في عقله ما اذا اعتدل القياس عنده

(٣) المائنة ٤٩ .

فصل

ما يجب أن يكون عليه الإمام من الشرائط

٣٤- اعلم ان القضاء لا يجوز ان يولاه القاضي من جهة العوام ، وانما يولاه من جهة الامام ، فيجب أن تذكر صفة الامام ، وطريق امامته فنقول ان كل صفة اعتبرت في القاضي من الذكورة^(١) والعقل والبلوغ والصلاح والورع والعدالة والامانة والعفة فهي معتبرة في الامام الاعظم .

٣٥- ويعتبر في الامام شرائط لاتعتبر في القاضي ، فكل من جاز أن يكون اماما يجوز أن يكون حاكما بلا خلاف ، ولا يجوز أن يكون كل من جاز قضاؤه اماما ، لان القضاء رتبة انقص من الامامة ، كما أنه يجوز أن يكون الملك رسولا ، ولا يجب أن يكون الرسول ملكا ، وكل نبي فهو امام ، وليس كل امام نيا .

٣٦- فشرط الامامة ضربان : أحدهما أن يعلم بالشرع ، والاخر يعلم بالشرع والعقل جميعا ، فالاول نحو أن يكون من قریش أو من قبيل مخصوص منها ، فهذا انما يعلم بالشرع ، وما يعلم شرعا وعقلا فهو مالا يتم الفرض بالامامة الا به ، ونحن نذكر مافيه من الخلاف : منها أن يكون عالما بأصول الدين ، ومن أهل الاجتهاد في فروعه ليتمكن حل الشبه^(٢) وارشاد الضال وفتيا المستفتي والحكم بين الخصوم ، وهذا شرط عليه سائر فرق المسلمين في اعتباره من الفقهاء أصحاب أبي حنيفة والشافعي ومالك وسائر المختلفين ، وعليه جماعة فرق المتكلمين على اختلاف مذاهبهم لا يعرف بينهم خلاف في ذلك .

٣٧- وقال بعض اهل العلم في عصرنا وهو شيخنا أبو علي محمد بن أحمد ابن الوليد^(٣) رحمه الله ان اعتبار العلم بما ذكرناه يؤدي الى ان لا يصح لامام امامة في العصر ، بل يجب أن يكون له بصر^(٤) وعقل ورأى ويقوى كل

(١) في نسخة قليج ومنيخ : الذكورية .

(٢) في نسخة منيخ : الشبهة .

(٣) أنظر المقدمة ، ص ١٧ الهامش (٢) .

(٤) في نسخة قليج (تمييز) .

فريق في الاصول والفروع «ويتولون ذلك عنه» كابتولاه بنفسه ، ولو كلفناه العلم بذلك مع ضيق الزمان وكثرة الاشغال لأدى ذلك الى انقطاع زمانه ، وفوات تدبير أمور الخلق^(١) ، لأن العلم كثير والمسائل صعبة ، ولا يكاد يجتمع جميع العلوم في الشخص الواحد الا نادراً شاذاً ، ويجتمع مجموع العلوم في الأشخاص فلذا احتاج الى نوع من ذلك رجع الى أهله ، وقاس ذلك على القضاء ، وعمل في ذلك مثله على طريق التقدير ، ان أحداً من العلماء الماضين لم يكتمل له جميع العلوم ، وتفصيل الجملة التي ذكرناها مع معرفة الفروع أجمع ، ولكن قوله يؤدي الى ان يكون كل من قام بما ذكره يجوز ان يكون إماماً .

والاجماع من الجمهور بخلافه على ان الامام انما يكون واحداً في العصر ، والقضاة كثيرون ، فيحق ان نعتبر في الواحد جميع الشرائط ، ومنها ان يكون ذا رأي وسياسة ليدبر السلم والحرب ، ويضع الامور مواضعها فيلين في موضع اللين ، ويشدد في موضع الشدة ، ومنها أن يكون شجاعاً حتى لا يجبن في اقامته الحدود ، ومقاومة أهل الحروب . ومنها أن يكون في ظاهرة^(٢) عدلاً غير فاسق ، لانه ان فسق بوجه من وجوه الفسق لم يوثق بعده^(٣) ، ولم يؤمن أن يحيف في الاحكام ، وان يجبي امالاً يستحقه من المال ويصرفه الى من لا يستحقه لانه أمين فيما يأخذ ويعطي فاذا كان فاسقاً لم يؤمر اميراً^(٤) على المسلمين ولا يعقد له ولاية ولا يجب له علينا طاعة ، لانه يتوب عن الله ورسوله عليه السلام في الارض ، فلا ينبغي له أن يأخذ ما يجب لله تعالى وللمسلمين لنفسه ولا يعطيه لغير مستحقه

شرط الذكورة

٣٨ - ومنها ان يكون ذكراً .

ومن الخوارج من اجاز امامة المرأة .

(١) في نسخة منيخ : الجيش .

(٢) في النسختين (في ظاهر أحسن) .

(٣) في النسختين (بعد الله) .

(٤) في النسختين (لم يكن أميناً) .

والجمهور من الناس والمسلمين على خلافة • وكيف تصلح لهذا الامر،
العظيم ، وهي لاتصلح لصلوة الرجال ، وقد قال عليه السلام :

– ما أفلح قوم ولى أمرهم امرأة •

٣٩ – ومنها ان يكون حرا ، وقال من لاعلم له : يجوز ان يكون عبدا لانه
عليه السلام قال :

– اطيعوا زلو ولى عليكم عبد اجدع •

وهذا لايصح ، لان العبد مشغول بمنافع مولاه ، ولا تكاد النفوس تنقاد له
ولا ترجع اليه ، وليس من حيث جاز ان يكون اميرا يجوز ان يكون اماما ، لان
الامير يتصرف من قبل الامام فهو كتصرف الامام ، والامام يتصرف من جهة نفسه
فيجب ان يكون مالكا لنفسه •

شرط النسب

٤٠ – ومنها ان يكون قريبا ، ومن اصحاب الحديث ومن الخوارج من لم
يُشترط ذلك ، وهو مذهب جماعة من المسلمين^(١) قالوا لان عمر بن الخطاب
رضي الله عنه لما عين اصحاب الشورى بحضرة المسلمين قال لهم :

– لو كان سالم حيا ما خالجنى فيه^(٢) شك •

وسالم مولى امرأة ابي حذيفة •

ولم ينكر عليه احد من الحضور •

وحجة الجمهور قوله عليه السلام :

(١) فى نسخة منيخ (لما تخالجنى فيه) وهذه الصيغة وردت فى العثمانية
للجاحظ (ص ٢١٧ منه) •

(٢) وفى مقالات الاسلاميين للاشعرى (ص ٤٦١) ان المعنيين بذلك هم جماعة
من المعتزلة وقد حكى الجاحظ فى العثمانية رأى هذه الجماعة واورد
حججها العقلية والعقلية ومنها حديث عمر المذكور (ص ٢٠٢ – ٢١٨
من العثمانية) •

- الأئمة من قريش^(٣) .

والالف واللام لاستعراق الجنس وقال :

- ان هذا الامر لا يصلح لقريش^(١) .

اختلافهم في مفهوم لفظة قريش

٤١ - واختلف القائلون بأنها في قريش من عناء النبي (صلى الله عليه وسلم) بقوله : الأئمة من قريش^(٢) ، واسم هو لرجل أو لقب عرف به ، وقد جهل كثير من العلماء والفقهاء ذلك . وسألت أنا جماعة فلم يعلموا هل هو اسم رجل أو قبيلة ، وهذا يعرض إذا ذكرت لك نسب النبي عليه السلام ، وهو أبو القاسم محمد بن عبدالله بن عبدالمطلب بن مرة بن كعب بن لؤى بن غالب بن فهر بن مالك بن النضر بن كنانة بن خزيمة بن مدركة بن إلياس بن مضر بن نزار بن عدنان فإذا عرفت ذلك فقريش اختلفت فيه من هو ؟ فمن الناس من قال هو بدر ابن النضر دليل بني كنانة ، هو قريش ، وهو صاحب بئر بدر التي لقي عليها النبي صلى الله عليه وسلم قريشا .

وقيل قريش هو فهر بن مالك وإن من جاوز هذا الأب ليس له حظ في الإمامة ولا نصيب .

ومنهم من قال النضر بن كنانة هو قريش ، وإن من ليس من ولد النضر فليس

(١) في الفصل لابن حزم (٨٩/٤) «وهذه زواية جاءت مجرى التواتر ، رواها أنس بن مالك وعبدالله بن عمر بن الخطاب ومعاوية .

(٢) جاء في الفصل (٨٩/٤) : « اختلف القائلون بوجوب الإمامة على قريش فذهب أهل السنة وجميع الشيعة وبعض المعتزلة وجمهور المرجئة الى ان الإمامة لا تجوز الا في قريش خاصة من كان من ولد فهر بن مالك . . . وذهبت الخوارج كلها وجمهور المعتزلة وبعض المرجئة الى انها جائزة في كل من قام بالكتاب والسنة قريشياً أو عربياً أو ابن عبد » .

(٣) في النسخة المخطوطة بعد هذا : من امامه الذي عناء . وفي نسخة قليج (من آبائه الذي عناء وانه هو لرجل أو لقبيلة عرف به) .

من قريش وان كل ولد دونه فهم أهل الامامة كائنا من كان من اولاده
واولاد اولاده .

فمن قال انه بدر بن النضر فهي في ولده وهو أحق بها^(١) ، وليس يكون
في اجداد النبي صلى الله عليه وسلم حينئذ ، وهذا قول مرغوب عنه ، وهو قريب
من قول من قال انها تكون في غير قريش ، وغير العرب ، وهذا يحتاج الى بيان
وشرح ، وليس هذا موضعا له .

فصل

٤٢ - واما القول انها لقريش^(٢) على الخلاف في ذلك فأختلفوا هل تخصص
بقبيل بعينه ام لا ؟

٤٣ - فمنهم من قال تخصص بالفاطميين خاصة وهم الشيعة ، ومن الشيعة من
يخصها بولد الحسين عليه السلام . ويعدد منهم اثني عشر رجلا وهم الامامية .
وفرق الشيعة كثيرة :

٤٤ - ومن الشيعة الزيدية : وهم يرون الامامة لكل من ولد الحسن
والحسين عليه السلام .

٤٥ - ومنهم من يجعل ذلك في ولد محمد بن الحنفية وفيه ، ويقولون
انه المهدي^(٣) .

٤٦ - وقالت الراوندية^(٤) انها في ولد العباس رضي الله عنه خاصة .

٤٧ - ومنهم من يخصها بولد عبدالله خاصة^(٥) .

(١) في النسختين (وهو أخو مالك بدلا من وهو أحق بها) .

(٢) في النسختين : واما من خصها بقريش .

(٣) بذلك نادى المختار بن يوسف الثقفي في ثورته التي اعلنها على الامويين
مطالبيا بشار الحسين ، فقد كان يحاول دعم ثورته بأسنادها الى محمد بن
الحنفية باعتباره هو المهدي المرتقب تاريخ الطبري والفضل ابن حزم ٩٤/٤

(٤) أنظر الفصل لابن حزم ٩٠/٤ - ٩١ وفيه ان حجة هؤلاء ان العباس عصب
الرسول وورائه ورد عليهم ان المرتبة لا تورث .

(٥) الظاهر ان قصده : عبدالله بن معاوية بن عبدالله بن جعفر بن ابي طالب

(الفصل ٩٠/٤) .

نقد مختلف الأقوال في تخصيص الخلافة

٤٨ - والخلاف بين هذه الفرق كثير وكلها مسافة اقاويل متدافعة وكل ادلتها مدعاة •

إمامة المفضول

٤٩ - واختلف في كونه أفضل أهل زمانه فشرطت الامامية ذلك ، واليه ذهب عباد بن سليمان ^(١) والزيدية واصحاب ابن الجارون ^(٢) ، فاما الفقهاء والزيدية الصالحية ^(٣) وفرق كثيرة من الناس فيجيزون امامة المفضول •

٥٠ - وقالت طائفة من متكلمي البصرة كأبي علي وابنه لايجوز الا ان يكون في الفاضل علة •

٥٠ - فحجة من لم يشترط ذلك اجماع الصحابة رضي الله عنهم : من ذلك قول ابي بكر رضي الله عنه يوم السقيفة :

- وقد رضيت لكم هذين

يعني عمر و ابا عبيدة بن الجراح

فايموا ايها شتم

(١) الظاهر انه من زعماء الشيعة •

(٢) هم الجارودية وهم من الزيدية وقد ذهب طائفة منهم الى انقول بامامة محمد بن عبدالله بن الحسن بن الحسين بن علي بن ابي طالب فلما قتله المنصور قالت هذه الطائفة انه حي لم يقتل ولا مات ولا يموت حتى يملأ الارض تدلا كما ملئت جورا (الفصل لابن حزم ١٧٩/٤) •

(٣) جاء في الملل والنحل للشهرستاني ان الصالحية هم اصحاب صالح بن عمرو الصالحي ومحمد بن شبيب وابي شمر وغيلان ، كلهم جمعوا بين القدر والارجاء (الملل والنحل ٢٣٢/١) • أما ابن حزم في الفصل ٩٢/٤ فيشير الى ان القول بجواز امامة المفضول وصحة امامة أبي بكر وعمر وعثمان وأن عليا طابت نفسه بتسليم حقه الى أبي بكر وعمر ان هذا هو مذهب الفقيه الحسن بن صالح بن حي الهمداني •

وجعل عمر الخلافة شورى في ستة وهم متفاضلون عند جميع الخلق ، ولم ينكر أحد ذلك عليه ^(١) .

واتفقوا ان العلم بالصانع وسائر الاعمال لا يرجح به ، وهو فضيلة لمن علمه .

الإمامة حق لكافة المسلمين

٥١ - واختلف هل الامامة حق لكافة المسلمين أو هل هي حق عليهم ؟ فمنهم من قال هي حق لهم ، ولهم ان يصرفوها الى من شأؤوا ممن يعلمون انه يقوم بها ، قال ابو بكر رضي الله عنه حين دعا بعلي والزبير ومن تخلف عن بيعته من بني هاشم رضي الله عنهم بعد الخطبة :

ايها الناس ان هذا الامر امركم ليس لاحد فيه الا ما وليتموه ، وانا اسمعكم واطوعكم لمن وليه ^(٢) ، الا وانتم بالخيار من امركم ، وانت يا ابا الحسن والنفر الذين معك بالخيار .

الإمامة حق على المسلمين

٥٢ - ومن يقول هي حق على المسلمين يقول ان الامام المقصود به ان يستوفي الحقوق منهم ، ويمنع منهم الظالم وينصر المظلوم .

العصمة

٥٣ - واختلف في عصمة الامام فلم يشترط ذلك سائر الفرق ، واشترط ذلك الامامية من الشيعة ^(١) .

معنى العصمة

٥٤ - ومعنى العصمة ان يكون مع الامام الطاف من جهة الله تعالى لا يرتكب معها كبيرة .

(١) انظر تفصيل هذه الحجج في الفصل لابن جزم ط ١ (١٦٣/٤-١٦٤) .
غير الامامية .

(٢) في نسخة منيخ : وليتموه .

(٣) يفهم من كلام السمناني ان شرط العصمة لم يشترطه من فرق الشيعة غير الامامية .

نقد القول بالمعصمة

٥٥- وهم يشترطون في ذلك شروطا اعلمها قط لم توجد في بشر ، ولو وجب عصمة الامام لوجب عصمة القاضي والامير والجند واصحاب الاخبار ، وناقلي الشرع الى الغير من اهل البلاد ، ولوجب عصمة رسل الامام ، وهذا فيه كلام كثير .

الإمام في بلد بعيد

٥٦- واختلف في الامام اذا كان ببلد بعيد لا يقدر على استعمال حاله وما يعرض له ، هل لاهل ذلك الموضع ان ينصبوا غيره ام لا ؟ فعند جمهورنا^(١) ليس لهم ذلك .
٥٧- وقال أبو اسحق الاسفرائيني^(٢) وجماعة من أصحاب الشافعي لهم ذلك .

وقال : ليس حال الامام اكثر من حال النبوة . وقد بعث الله تعالى موسى وهرون عليهما السلام الى امة واحدة ، وقال في سورة ياسين « فعزز بنالك »^(٣) . هذا مع امكان البلاغ بالواحد ، فكيف اذا تعزز ذلك .
٥٨- والجماعة يقولون لوجاز مع التباعد لوجاز مع القرب ، وهذا يؤدي الى جواز ائمة في البلد الواحد ، وهذا ينقض الغرض منها ، ويؤدي الى الاختلاف في الطاعة والاحكام .

واجبات الإمام

٥٩- واتفقوا على ان على الامام حقوقا تجب بدخوله في الامامة لكافة المسلمين ، وهي : التسوية بينهم في الاحكام والعطاء وقسمة الفىء ، ووضع كل حق في

(١) في نسخة قليج (جمهور الامة) وفي نسخة منيخ : (جمهور العلماء) .
(٢) من معاصري القذوري (أبو الحسن احمد بن محمد البغدادي الحنفي) ، فقيه شافعي كان يناظره هو أبو حامد الاسفرائيني فهل هو المقصود في المتن ؟ .
(٣)

موضعه ، ومنع الظالم ، والاخذ على يديه ، وتقوية يد المظلوم حتى يصل الى حقه .

واجبات المسلمين تجاه الإمام

- ٦٠- وله على المسلمين ان يسلموا اليه ماوجب عليهم من حق مال له اخذه .
والسمع والطاعة له فيما يأمر به وينهى عنه مالم يكن معصية لله تعالى .
وان يمكنوه من اقامة الحدود عليهم في انفسهم واتباعهم .

معرفة الإمام

- ٦١- واختلفت في معرفة الامام ووجوبها .
فمنهم من قال : لايجب على كل مسلم معرفة عين الامام في الزمان ، بل يفرض على الكفاية ، اذا قام به البعض سقط عن الباقي كدفن الميت والصلوة عليه .
٦٢- ومنهم من قال : على كل مسلم ان يعرف عين الامام وهو فرض لازم كما يعرف الله تعالى ورسوله صلى الله عليه وسلم ، وهو كفر فرض الصلوة والصوم والحج ، وهذا يقتضي ان نذكر بماذا يصير الامام اماما ، لانه اذا كان لا بد من امام للمسلمين فيماذا يكون اماما .
٦٣- وهذا باب القول في طريق الامام الى الامامة .

باب في طريق الإمام إلى الإمامة

- ٦٤- اتفق المسلمون على ان النص من الرسول عليه السلام والامام بعده طريق الى كون الامام واحدا^(١) فان كان واحدا وجبت طاعته ، وان كانوا جماعة كاصحاب الشورى اختير منهم واحد ، اما بالقرعة او الرضاء منهم .
٦٥- واختلف بعد ذلك في الاختيار فذهب جماعة من الفقهاء والمتكلمين الى كون الاختيار طريقا اليها .

(١) ذهب الشيعة الامامية الى ان النبي (ص) نص على علي بن ابي طالب انه الخليفة بعده (الفصل لابن حزم ٩٢/٤) .

٦٦- وقالت الامامية : لا طريق الى نصب الامام غير النص .
 ٦٧- وحجة الجماعة ان بيعة ابي بكر رضي الله عنه بالاختيار وكذلك عمر وعلي رضي الله عنهما ، وهو فعل المسلمين في سائر الامصار .
 وقولهم : الاختيار يؤدي الى المنازعة فلا يصح ، لانا لم نر الامر جرى على ما قالوا .

٦٨- واذا عقدوا فالعقد الاول دون الثاني .
 ٦٩- وان وقع العقدان معا فقد قيل بالبطلان ، وقيل يقرع بينهما ، وقيل ينعقد للافضل منهما .
 ٧٠- وقد كان النص عندهم موجودا والخلاف واقما فلا يصح قولهم في ذلك .

في اختيار الإمام

٧١- والاختيار ان يجتمع جماعة من صلحاء الامة واهل الحل والعقد والعلم والامانة فيعقدوا للامام .
 ولا يفترق الى جميع الامة في ذلك ، كما ينعقد نكاح المرأة ببعض الاولياء .
 ٧٢- واختلف في البعض الذي تنعقد به (الامامة) فأكثر اصحابنا يقولون :
 جميع الناس (١) كما كان يوم السقيفة ويوم الشورى .

(١) هذا ويلاحظ ان عبارة المتن مقتضية والظاهر انها كانت « جميع الناس » ومنهم من قال خمسة كما كان الخ . ويتضح هذا التفصيل بالرجوع الى الاحكام السلطانية للماوردي هذا والقول بان الامامة لا تصح باقل من خمسة لم يقل به الاكثرون كما ورد في المتن فقد جاء في الفصل لابن حزم (١٦٧/٥ - ١٦٨) ان القائل بذلك هو أبو علي محمد بن عبد الوهاب الجبائي تعلقا بفعل عمر في الشورى وجاء في الاحكام السلطانية للماوردي : « قالت طائفة اخرى أقل من تنعقد به منهم الامامة خمسة يجتمعون على عقدها أو يعقدها احدهم برضا الاربعة استدلالا بأمرين » بيعة ابي بكر والشورى « وهذا قول اكثر الفقهاء والمتكلمين من أهل البصرة » .

واما سائر الفقهاء فقد ورد في الفصل لابن حزم (١٦٧/٥) « ذهب قوم الى ان الامامة لا تصح الا باجماع فضلاء الامة في اقطار البلاد ، وذهب آخرون الى ان الامامة انما تصح بعقد أهل حضرة الامام والموضع الذي فيه قرار الائمة » .

٧٣- ومنهم من قال : اربعة كشهود الزنا •

٧٤- ومنهم من قال : ثلاثة كالحاكم والشاهدين^(١) •

٧٥- ومنهم من قال : ينقد (بأثنين) كالحكمين يوم صفين وجزاء الصيد^(٢) •

٧٦- ومنهم من قال : ينقد بواحد كما قال العباس رضي الله عنه لعلي ابن ابي طالب رضي الله عنه : امدد يدك ابايعك لا يختلف علينا الناس ، ويقال عم رسول الله بايع ابن اخيه •

وكما ينقد نكاح الحرة بواحد من الاولياء كذلك هذا •

فصل

الدعوة

٧٧- واختلف في الدعوة هل هي طريق الى الامامة أم لا ؟

فقالت الزيدية انها طريق الى ذلك • ومنع باقي الناس ذلك ، وقالوا ليست بطريق •

والدعوة أن يباين الانسان الظلمة ويأمر بالمعروف ، وينهى عن المنكر وتجتمع فيه شروط الامامة ، فيكون اماما وأن لم يبايع على ذلك • وهذا لا يصح لانه يؤدي الى أن يطلب ذلك كل واحد ، ويفعل فعل صاحبه ، فيجتمع للناس عدة أئمة ، وهذا لا يجوز •

(١) في الاحكام السلطانية للماوردي «قال آخرون من علماء الكوفة تنعقد بثلاثة يتولاها احدهم برضا الاثنين ليكونوا حاكما وشاهدين كما يصح عقد النكاح بولي وشاهدين» •

(٢) كذا في جميع النسخ •

فصل

هل تورث الإمامة؟

٧٨ - واختلف في الميراث هل تورث الإمامة ؟
فقال بعض الزيدية والعباسية انها تورث ، وتكون لاولى الوارثين ، ولا يرثها صبي ولا مجنون ولا امرأة ، ولا من ليس له صفة الائمة •
والجماعة من الناس على أنها لا تورث ، لان الارث يستوي فيه الجماعة كالمال •

فصل

في كيفية النص

٧٩ - هل تكفي مشافهة المنصوص عليه أم يحتاج الى شهود معه ؟ وما عدد الشهود ؟ وهل هم كعدد (شهود) حقوق الاموال أم لا ؟ وهل يكون النص جلياً أو خفياً ؟ وهل يفتقر الى من يخالف الامام في رأيه أو يوافقه ؟ كل ذلك مختلف فيه •
فهذه جملة ممتعة • مقنعة • في الإمامة •

باب

كيفية الولاية

٨٠ - وهذا باب نذكر فيه كيفية الولاية :
اعلم ان الإمامة لا يصح عقدها خاصة بل لاتقع الا عامة عموماً لا تخصيص فيه بحال •
وأما ولاية القضاء فتقع تارة عامة بأن يقول الامام : ولتلك القضاء والحكم فيهم الاشخاص والمواضع (والايام)^(١) ، وتارة تكون خاصة •

(١) هذه الزيادة ذكرناها بالاستناد الى ما جاء في أدب القضاة للماوردي •

٨١ - فان عين موضع الولاية ولم يعين الناس جاز ، وكان له أن يحكم على كل من في الموضع الذي وليه ، ولا خلاف في جواز حكمه على جميع الناس .
واما اختلفوا في المحكوم له ، وله باب نيته فيه فيما بعد ان شاء الله تعالى .

٨٣ - وان عين المحكوم عليه ، ولم يبين (يذكر) الموضع الذي ولاء الامام ولا عين بقعة بعينها من المواضع والبلاد والمحال التي تعين أبدا بالولايات والعهود التي بيد القضاة « تنشأ للقضاة » والحكام المنصوبين ، جاز ذلك ، وكان له أن يحكم بين المعينين له بالحكم في كل المواضع .

٨٤ - وان عين الموضع والخصوم جاز ذلك ، ولم يمكن له أن يحكم في غير الموضع ولا على غير من عين له .
وكل ذلك لا خلاف فيه .

٨٥ - ويكفي في الولاية مشافهة الامام للقاضي بالولاية ان كان حاضرا ، وكتابه ان كان غائبا . وتجوز بالرسالة اليه أيضا .

٨٦ - وهل يقتدر في الكتابة اليه بالقضاء أن يشهد عليه الامام ؟ ويكون كالكتب الحكمية ؟ أم يكفي مجرد الكتاب اليه ؟

فالذي ذكره الخصاف في أدب القضاء عن (محمد بن الحسن) قال : قال أبو حنيفة : وان قرأ عليهم الكتاب ، يعنى القاضي اذا كتب الى قاض ولم يختمه بحضرتهم ، وهم لا يحفظون ما فيه ، وليس نسخته معهم لم يجز ذلك .

٨٧ - وقال [أبو يوسف] يجوز الكتاب ويقبله الذي ورد عليه ، وان لم يقرأه عليهم بعد أن يشهدهم على نفسه انه كتابة وخاتمة ، لاني أنفذ كتب الخلفاء بغير بيعة ، والخلفاء ينفذون كتب القضاة بغير بيعة .

٨٨ - وقياس قول ابي حنيفة انه لا يقبل .

٨٩ - وقد حكى أصحاب الشافعي في ذلك وجهين :

في أحدهما يقبل ، وفي الثاني لا يقبل . والرسالة مثل ذلك .

باب

ما يشترك فيه الوالي والمتولي من الصفات

٩٠ - أعلم أن القاضي والامام يشتركان في الحرية والبلوغ والعدالة والعلم والامانة والعفة والصيانة في أن كل واحد لا يجوز له أن يقضي لنفسه ، ولا لاولاده ولا لاحد من أجداده وسيأتي « وسنين » ذلك في باب من يجوز أن يقضي له ومن لايجوز •

فالامام والقاضي في ذلك سواء •

٩١ - ويفترقان في اعتبار كونه من قریش ، فالقاضي يجوز أن يكون عربيا وأعجميا ، ومن سائر أنواع الامم اذا وجد فيه شرائط القضاء التي قدمناها • ويفترقان في خصوص الولاية وعمومها •

[مطلب: القاضي لا يولي ابنه القضاء في حياته ولا بعد مماته] (١)

٩٢ - ويجوز أن يولي الامام ابنه للامامة بعده بالنص عليه ، والقاضي لا يولي ابنه القضاء في حياته ولا بعد موته الا أن يجعل الامام له ذلك •

[مطلب قضاء القاضي على القاضي الذي ولاه وله وعلى الإمام الذي ولاه] (٢)

٩٣ - ويقضي على القاضي الذي ولاه - وله •

٩٤ - وكذلك القاضي يقضي على الامام ويقضي له وان كان يستفيد النظر من جهته •

[مطلب: لا يجوز أن يكون إمامان في دار الإسلام]

٩٥ - ويجوز أن يكون القاضي في محلة ومعه قضاة ، ولا يجوز أن يكون امامان في دار الاسلام •

(١) ورد هذا العنوان في هامش ص ١٣ من نسخة قليج •

(٢) ورد هذا العنوان في ص ١٣ من نسخة قليج •

[مطلب : يجوز أن يشتركا في قضية واحدة] ^(١)
٩٦ - ويجوز أن يشترك القاضيان في قضية ، ولا يجوز ذلك في حق
الامامين .

[مطلب : انتفاض الولاية]

٩٧ - والامام لا تنتقض ولايته .
والقاضي تنتقض ولايته .

[مطلب : ما يتفرد به الإمام ^(٢)]

[مطلب : الإقطاع]

٩٨ - والامام يجوز أن يقطع الارض (ويخص) بمال بيت المال ، وليس
للقاضي هذا .

[مطلب : بيان حدود الولاية]

٩٩ - والامام لا يحتاج الى بيان ماله أن يتصرف فيه ، والقاضي يحتاج الى
بيان الحكم والقضاء .

١٠٠ - وليس للقاضي أن يتصرف الا فيما يجوز للامام أن يتصرف فيه .

١٠١ - والامام يتصرف فيما ليس لاحد من اهل الحل والعقد أن يتصرفوا
فيه ، فهو يستفيد بالولاية مالم يكن لمن ولاء أن يفعله .

١٠٢ - فان قيل : فهذا يدل على بطلان الاختيار لان من ولاء الامر لا يملك
ما ^(١) ولاء فعله .

(١) ورد هذا العنوان في ص ١٣ من نسخة قليج .

(٢) ورد هذا العنوان في ص ١٣ من نسخة قليج .

(٣) في نسخة قليج (ما) والصواب ما أثبتناه .

والجواب ان ذلك غير ممتنع ، كالولي يزوج وليته ولا يملك وطئها ، والزوج يجوز أن يستوفي منفعة البضع ويملك ذلك ولا يجوز أن يملكه غيره •
وسنين في باب النيابة مايجوز أن يستتاب فيه وما لا يجوز ان شاء الله •

باب

ولاية الخوارج للقضاء

١٠٣ - وهذا باب يذكر فيه ولاية الخوارج للقضاء وما يجوز من ذلك وما لايجوز •

تعريف الخوارج

١٠٤ - اعلم ان الخوارج كل فرقة اظهرت رأيا ودعت اليه وقاتلت عليه ، وصار لها منعة وشوكة وتحيزت بخطة ^(١) (بحيزة) •
١٠٥ - وسنذكر في كتاب أهل البغي مايجب عليهم وما لا يجب من الاحكام عند بلوغنا اليه ان شاء الله •

[قضاء الخوارج]

١٠٦ - وانما الكلام ههنا في صحة الولاية :

فحكى الخصافي في أدب القضاء له : انهم اذا ولوا رجلا القضاء فقضى بقضايها وحد ناسا « وحكم بأشياء » ثم ظهر أهل العدل بعد ذلك على البلد فولوا قاضيا ، ثم رفعت احكام أهل التأويل اليه ، فإنه ينقض منها ما ينقض من أحكام غيرهم •
١٠٧ - وقال الطحاوي رحمه الله في مختصره في كتاب أهل البغي : ولا ينقض من أحكامهم الا ما كان ينقض من أحكام غيرهم ^(٢) •

(١) يستفاد من هذا ان مصطلح الخوارج لا يقصد به ههنا مجرد الفرق الدينية المعروفة التي خرجت على الامام علي ونادت بان لا حكم الا لله وانما يقصد بهذا المصطلح حالة المجاريين في الحرب الداخلية في مصطلح عصرنا •

(٢) ص ٢٥٧ من النسخة المطبوعة من مختصر الطحاوي •

١٠٨- وحكى الشيرازي رحمه الله من أصحاب الشافعي رحمه الله في كتاب التهذيب^(١) له عن مذهبهم •

قال : وان ولوا فيما استولوا عليه قاضيا نظرت فان كان ممن يستيح دماء أهل العدل وأموالهم لم ينفذ حكمه ، لان شرط القضاء العدالة والاجتهاد وهذا ليس بعدل ولا مجتهد •

وان كان ممن لا يستيح ذلك نفذ من حكمه ما ينفذ من حكم قاضي أهل العدل ، ورد من حكمه ما يرد من حكم قاضي أهل العدل ، لان لهم تأويل يسوغ فيه الاجتهاد •

١٠٩- وقال : واستحب أن لا يقبل كتاب قاضيه استهانة وكسرا لقلوبهم ، فان قبله جاز •

وجوب تحقيق الإمام في أسباب خروج الخوارج عليه وإنصافهم عن ظلمهم

١١٠- والذي مال اليه الطحاوي في المختصر أنه يسألها عما دعاها الى الخروج فان ذكرت شيئا ظلمت فيه انصفت ممن ظلمها والا دعيت الى الرجوع الى الجماعة والدخول في طاعة الامام الذي يجب عليها طاعته فأَنْ فُطِلت والاقوتلت^(٢) فشرط أن يكون اماما تجب عليها طاعته ليكونوا خوارج •

١١١- وهذه الأقوال تدل على اتفاق المذهبيين على جواز ولاية من يتولى من قبلهم القضاء •

١١٢- وسيرد [وسنذكر] حكم ما أتلّفوا علينا وأتلّفنا عليهم في بابه ان شاء الله •

فصل

خلو الزمان من الإمام

١١٣- ينبغي علينا أن نذكر خلو الزمان من الامام المفترض الطاعة :

(١) « المذهب » في النسختين •

(٢) ص ٢٥٧ من مختصر الطحاوي المطبوع •

إذا لم يكن امام للمسلمين ثابت الامامة فمن تغلب على الارض ومملكها ودعا لنفسه ، وقام بما يجب عليه من الحقوق ، وذبح عن الدين ، وأمر بالمعروف ونهى عن المنكر فهو في الولاية من قبله وجهته أكثر من الخوارج مع الامام ، فإذا قلنا ان ولاية من ولوه جائزة ، وحكمه ماض فمن ليس في مقابلة امام أولى وأحرى بجواز الولاية من قبله .

١١٤- وإذا خلا الزمان من الامام والمتغلبين على سبيل الفرض والتقدير فكل حكم يلزم العامة والامام بين اظهرهم فهو لازم لهم مع عدمه ، وكل حكم لا يلزمهم ولا يجوز لهم فعله مع وجوده فهم فيه أيضا مع عدمه غير مخاطبين بفعله ، والاول كالزكاة والصلوة وسائر العبادات التي يتفردون بها ، والعقود التي يعقدونها .

١١٥- والثاني كالحدود والقطع في السرقة وضرب الجزية والاحياء وما هو مفوض الى الامام ، فإنه لا يستوفي ولا يأخذه بعضهم من بعض ، وكذلك الاحكام وتوليها .

باب التحكيم

وهذا باب نذكر فيه التحكيم من الرجلين لغيرهما :

١١٦- اعلم انه يجوز أن يحكم الخصمان رجلا واحدا ، ويجوز أن يحكما رجلين فما زاد .

١١٧- وقد حكم علي عليه السلام أبا موسى لاشعري ، وحكم معاوية عمرو بن العاص ، ورضيا بحكهما عليهما ، وحكم عمر بن الخطاب رضي الله عنه وأبي بن كعب زيد^(١) بن ثابت ، وحكم عثمان وطلحة رضي الله عنهما جبير بن مطعم^(٢) .

(١) كذا وفي طبقات الفقهاء للشيرازي أن ابي بن كعب بن المنذر من بني النجار تحاكم اليه عمر والعباس في دار كانت للعباس الى جنب المسجد فقضي للعباس على عمر (ص ١٣ منه) .

(٢) هو جبير بن مطعم بن عدى بن نوفل بن عبد مناف . (ترجمته في اسناد الغاية ٢٧١/١) .

وذلك جائز في الشرع والدين ، وهو قول الشعبي وابن سيرين وعبدالله بن عتبة^(٣) ، وهو قول اصحابنا جميعا .

١١٨- ولهما أن يخرجوا الحكم من الحكم ولا أحدهما ما لم يحكم ويحكم الحكم عليهما .

١١٩- وليس لواحد منهما أن يرجع عن ذلك بعد الحكم .

١٢٠- وقال الشافعي لا يلزم الحكم الا برضاها بعد الحكم في أحد قولي ، لأن في الزام حكمه افتثا على القاضي والإمام ، ولأن رضاها معتبر في التحكيم ، فكذلك في الحكم ، والثاني مثل قولنا لا يعتبر رضاها لأن من جاز حكمه لزمه حكمه .

ما يجوز فيه التحكيم

١٢١- واختلف اصحاب الشافعي فيما يجوز فيه التحكيم فمنهم من قال يجوز في كل ما يتحاكم فيه الخصمان كما يجوز حكم الحاكم الذي ولاء الامام .

١٢٢- ومنهم من قال يجوز في الاموال فأما النكاح واللعان والقصاص وحد الفذف فلا يجوز لانها بنيت على الاحتياط ، فهذا قولهم في هذا الباب^(١) .

١٢٣- وقال أصحابنا : واذا حكم الحكم بشيء ثم رفع الى القاضي نظر في ذلك ، فان كان موافقا للحق ورأيه أمضا ، وان كان لا يوافق رأيه والحق رده .

١٢٤- وقال بعضهم اذا كان مخالفا لرأيه ومذهبه فهو بالخيار : ان شاء

(١) في تبين الحقائق ١٩٣/٤ « شرط لنفوذ حكمه أن يكون في غير حد وقود ودية على العاقلة لان تحكيمهما بمنزلة الصلح بينهما ، وليس لهما ولاية على دمه ، ولهذا لا يملكان إباحته ، وكذا لا ولاية لهما على العاقلة ، فلا ينفذ حكم من حكماء على عاقلته ولا على القاتل لعدم التزام العاقلة حكمه ولكونه مخالفا لحكم الشرع لان الدية تجب على العاقلة لا على القاتل » .

أمضاه وإن شاء رده (١) .

١٢٥- وقالوا : لو حكما محدودا في قذف أو اعمى أو ذميا أو عبدا فذلك باطل لأن حكمهم كشهادتهم .

١٢٦- وإذا كان الحكم رجلين لم يمض الحكم حتى يجتمعا عليه .
١٢٧- وإذا لم يشهد الحكم في مجلس حكمه الذي حكم فيه على حكمه لم يصدق على ذلك ، ولم يقبل قوله انه حكم بكذا .

١٢٨- قال الخفاف :

« ولا يجوز أن يحكما في حد ولا قصاص ، وإن حكماء في دم خطأ فحكم على العاقلة بالدية لم يجز لأن العاقلة لم ترض به » .

١٢٩- وإن قضى ما بيا (كذا) يمين أو أقرار أو بينة فذلك جائز (٢) .
١٣٠- ولو قال الحكم : قد أقررت عندي بكذا أو شهد عليك هذا ، وعدلت الشهود وقد ألزمتك ذلك وحكمت عليك [به لهذا وانكر المقضى عليه] أن يكون أقر عنده أو قامت بينة عليه لم يلتفت الى قوله وامضى القضاء عليه مادام لم يخرج به من التحكيم (٣) .

١٣١- فإن كان قد عزله ثم قال ما قال لم يقبل منه ، ولم يجز حكم عليه ،

(١) بخلاف ما إذا رفع اليه حكم حاكم حيث لا يبطله وإن خالف منعه ، إلا أن يخالف الكتاب أو السنة أو الاجماع . . لان المولى من جهة الامام له ولاية على الناس كافة لان مقلده له ولاية على الناس كافة فكان نائباً له فيكون قضاؤه حجة في حق الكل فلا يتمكن أحد من نقضه كحكم الامام نفسه بخلاف المحكم لانه باصطلاح الخصمين فلا يكون له ولاية على غيرهما ولا يلزم القاضي حكمه » (تبين الحقائق ١٩٤/٤) .

(٢) كذا ولعل اصل العبارة كما يستدل على ذلك من كتب الفقه : « وإن قضى بنكول عن يمين أو قرار أو بينة فذلك جائز » (مراجع منتهى الحقائق ١٩٣/٤ والهداية ١٠٩/٣) .

(٣) علل الزيلعي ذلك في تبين الحقائق ١٩٤/٤ بقوله « لان الحكم يملك انشاء الحكم عليه بذلك فيملك الاقرار كالقاضي المولى اذا قال في حال قضاؤه لانسان قضيت عليك لهذا بأقرارك أو بينة قامت عندي بذلك فإنه يصدق في ذلك ولا يلتفت الى انكار المقضى عليه فكذا هذا » .

كالقاضي اذا عزله الامام لم يقبل انه كان قد حكم ، وان كان قد حكم من لا يجوز قضاؤه له كالابن والزوج وكل من لا تجوز شهادته له ، فان حكم لابنه أو أبيه أو من ذكرناه ابطال القاضي حكمه ، وان قضى عليه امضاء كما يمضى الشهادة •

١٣٢- ولا يحكم فاسقا ولا صبيًا مالم يبلغ ، كما لا يصح منهما ولاية القضاء ولا ينفذ الحكم من الحكم على غير الخصم الذي حكمه ، كما لو ادعى دينا على رجل انه كفل عن هذا وشهدت بذلك بينة قبل الحكم على الحاضر دون الكفيل • وان كان الكفيل هو الحاضر لزمه الحكم دون المكفول عنه •

١٣٣- ومتى كان الحكمان رجلين فاختلفا في الحكم والاجتهاد لم يجز (حكم) واحد من الحكمين حتى يجتمعا على شيء واحد ، وكان وجود حكم احدهما كعدمه •

١٣٤- ولو شهد عند الحكمين شاهدان بالحق فلم يحكما حتى غابا أو ماتا ، أو حكما فسأل المدعي الحكمين ان يشهدا عند الحاكم على شهادة من شهدا عندهما لم يكن للحكمين ذلك •

١٣٥- ولو شهدا رد الحاكم شهادتهما لانهما لم يشهداهما على شهادتهما ولا حملاهما ذلك •

١٣٦- وكما يجوز أن يكون الحكمان اثنين فكذا عندنا يجوز أن يلي القضاء إثنان وما زاد •

فصل

عدد من يولي القضاء في البلد الواحد

١٣٧- قال أصحابنا لا يجوز^(١) أن يولي القضاء الاثنين في الشيء الواحد

(١) في النسختين « ويجوز في الشيء الواحد كما لا يجوز أن يبيع الوكيلان ٠٠ الخ وهي عبارة مغلوطة » والظاهر ان هذا الاضطراب من وهم النساخين فقد اختلفت عليهم عبارة الفقهاء في جوار تولية قاضيين في بلد واحد ويتضح هذا مثلا مما جاء في أدب القضاء للماوردي من أن للفقهاء في هذه المسألة وجهين « أحدهما لا يجوز ٠٠٠ والثاني وهو قول الاكثرين انه يجوز لانها استنباة كالوكالة التي يجوز أن يجتمع فيها وكيلان على اجتماع وانفراد • »

والبلد الواحد لانهما قد يختلفان فلا تنفصل الحكومة ، ومنهم من أجاز ذلك كما قلناه فقد ذكرنا احكام الولاية وهذا يقضي أن نذكر هل يجوز لهم الدخول أو يجب عليهم الدخول في ذلك أم لا ؟ وما الذي نقول في ذلك وذكر الخلاف فيه .

باب

في جواز الدخول في القضاء

١٣٨- وهذا باب نذكر فيه جواز الدخول في القضاء اعلم ان القضاء قد دخل فيه رجال صالحون وأئمة الصحابة ، ووجوه التابعين ، وسنذكر في آخر الكتاب أعيان من دخل فيه من الناس .

وامتنع جماعة من الدخول فيه ، منهم أبو حنيفة رضي الله عنه ، فمنهم من أجاز الدخول فيه ومنهم من كرهه ولم يدخل فيه .

١٣٩- وعندنا انه مباح له الدخول فيه ، ولا يجب عليه ، وكذلك الدخول في الامامة العظمى ، لا يجب عندنا ، بل اختلف أصحابنا في ذلك فمنهم من قال هي فرض على الكفاية اذا قام بها الغير سقطت عنه ، ومنهم من قال اذا علم انه ليس أحد يقوم بفرضها لزمه الفرض ، ووجب عليه الطلب والقتال حتى يؤدي الى استقامة الدين وازالة المنكر ، ولو أدى ذلك الى اهلاك نفسه وماله وسفك الدماء .

١٤٠- ومن أصحابنا من قال لا يجب ذلك عليه ، ومتى أدى الى اهلاك مسلم وجب ترك ذلك فكيف هلاك نفسه ، وحكمها عنه ساقط وانما زائل ، ولا يصح اجباره عليها لولا كراهه على الدخول فيها .

١٤١- وانفقوا على أن القاضي لا يجب عليه الدخول في القضاء وان كان عالما وليس في الناس مثله .

١٤٢- وقد روي عن النبي صلى الله عليه انه قال « من تقلد القضاء فكأنما ذبح بغير سكين » .

١٤٣- ولا يعرف لأصحابنا لفظ في كتاب يقتضي وجوب الدخول فسي
القضاء فنحيكه .

١٤٤- وقال أصحاب الشافعي : اذا كان لا يصلح للقضاء الا واحد تعين
ولزمه فعله ، فاذا امتنع اجبر عليه ، لان الكفاية لا تحصل الا به وجعله هذا القائل
فرضا على الكفاية ، فاذا لم يقم به غير وجب عليه ، قال وان كان هناك غيره يصلح
له نظرت فأنه كان خاملا واذا ولي القضاء انتشر علمه استحب له طلبه ^(١) لما
يحصل به من المنفعة بنشر العلم ، وان كان مشهورا فأن كانت له كفاية كرهت
له الدخول فيه لانه ربما يعجز عن القيام بذلك ويحتاج الى ان يلتزم الامانات
فكره له ذلك ، وهذا يقتضي أن يكره الدخول فيه ، وان لم يكن غيره لانه
يجوز ان لا يأمن ذلك أيضا ، وليس القضاء أمرا يسيرا بل عظيم ، وليس كل
عالم يصلح للقضاء والصرف في الامور ، وقد رأينا من يتقلد القضاء وهو يعتقد
انه العالم الكافي القيم بما يرد في ذلك ، فلا يلبث حتى يظهر عجزه وحيرته
وتبلده في الاحوال ، حتى يتغير طبعه ، وتبدل اخلاقه ، ولولا كراهة ذكر الناس
لجئنا في ذلك ما رأيت وعددت الناس ، ولكن كل زمان لا يخلو أمره من مثل
ما رأينا .

١٤٥- وقال أصحاب الشافعي : وان كان فقيرا يرجو بالقضاء كفاية من بيت
المال لم يكره له الدخول فيه لانه يكتسب كفاية بسبب مباح

١٤٦- قالوا : وان كانوا جماعة يصلحون للقضاء اختار الامام افضلهم
واورعهم فقلده ، وبهذا قولنا ايضا اذا اختار الحاكم ذلك ورغب فيه وغلب على

(١) كذا والعبارة مضطربة وصوابها ما جاء في المغني لابن قدامة ج٩ ص٣٦ في
هذا الصدد حكاية عن منهبي الحنبلي والشافعية حيث جاء :
وقال أبو عبد الله بن حامد ان كان رجلا خاملا لا يرجع اليه في الاحكام ولا
يعرف ، فالاولى له توليه ليرجع اليه في الاحكام ويقوم به الحق وينتفع به
المسلمون وان كان مشهورا في الناس بالعلم ، يرجع اليه في تعليم العلم
والفتوى ، فالاولى الاشتغال بذلك لما فيه من النفع مع الامن من الفرر ونحو
هذا قال اصحاب الشافعي .

ظنه انه يقوم بشرائطه ، وهذا لا بد من اعتباره في القاضى والامام جميعا ، ولا يجوز ان نطلق القول .

وان اختار الامام غير الافضل انعقد العقد له ، وهذا يبنى على جواز امامة المفضول ، وقد جعل عمر بن الخطاب (رض) الخلافة شورى في ستة نفر وهم يتفاضلون عند جميع الناس ، فلو لا انه يجوز العقد للمفضول لما خبر عن فاضل ومفضول ، وهذا في القاضى يجوز من الامامة .

١٤٨- قال الشيرازي^(١) رحمه الله : وان امتنعوا عن الدخول اثموا ، لانه فرض وجب عليهم فهو كالامر بالمعروف والنهي عن المنكر .

[الإجبار على تولي القضاء]

١٤٨- قال : وهل للامام اجبار واحد على القضاء ام لا ؟ فيه وجهان : احدهما لا يجبر لانه فرض على الكفاية فلو اجبر عليه لثنين عليه ، والثاني يجبر لانه لا بد من قاض للمسلمين .

١٤٩- وهذا الوجه لا يصح لان الامام نصب للحكم بين المسلمين ، فالفرض يتوجه عليه ، فلا يجوز له اجبار غيره عليه واسقاط فرضه عن نفسه .

١٥٠- وذكر الخفاف حديث انس ان النبي صلى الله عليه وسلم قال : « من سأل القضاء وكل الى نفسه ، ومن أجبر عليه وكل به ملك يسدده . ومن طريق آخر :

من طلب القضاء وطلب عليه الشفعاء وكل اليه ومن اكره على القضاء وكل به ملك يسدده^(٢) .

١٥١- واذا صح هذا الخبر جاز للرجل الدخول في القضاء بالاكراه .

(١) المهذب للشيرازي .

(٢) جاء في المغنى ج ٩ ص ٣٦ ان أنسا روى عن النبي (ص) انه قال : « من ابتغى القضاء وسأل فيه شفعاء وكل الى نفسه ، ومن اكره عليه انزل الله عليه ملكا يسدده » قال الترمذى : هذا حديث حسن غريب .

١٥٢- وكره له سؤال القضاء في كل حال •

١٥٣- وقد ذكر الخفاف عن الحسن (بن زياد اللؤلؤي) ان الله تعالى اخذ على الحكام ثلاثة : ان لا يتبعوا الهوى وان يخشوه ولا يخشوا الناس ولا يشترخوا بآياته نمنا قليلا لقوله : « يادود الآية^(١) » وانما انزلنا التوراة الآية ، ، ولانه قال عنه : لاجر حاكم عدل يوما واحدا افضل من أجر رجل يصلي في بيته سبعين سنة لانه يدخل من عدله في ذلك اليوم على كل أهل بيت من المسلمين •

١٥٤- واذ قد بينا الرخصة في الدخول في القضاء ، وما في الدخول فيه ، فلنذكر اخذ^(٢) الرزق عليه وما قيل •

باب أخذ الرزق على القضاء

١٥٥- اعلم ان القاضي من عمال المسلمين وأجل عمالهم وهو القيم بمصالح الجميع •

١٥٦- وقد قال اصحابنا جميعا : لأبأس ان يطلق الامام للقاضي من الرزق ما يكفيه من بيت المال ، حتى لا يلزمه ولا أحد على بابه مؤونة ولا كلفة ، ولا أحد أسبابه^(٣) ، فان جميع ما يأخذه من على بابه يفضحه ويضع من قدره ، وان علم به فلم ينكره لحقه وزر :

كذا قال الطحاوي في أدب القضاء الصغير له •

١٥٧- وقال الخفاف : ولا بأس ان يأخذ القاضي الرزق من بيت المال

(١) يادود انا جعلناك خليفة في الارض فاحكم بين الناس بالحق ولا تتبع الهوى فيضلك عن سبيل الله •

وقد فسر الماوردي الخلافة الواردة في الآية بقوله في ادب القضاء من الحاوي : « أما قوله تعالى : انا جعلناك خليفة في الارض ففيه وجهان أحدهما : خليفة لنا ، وتكون الخلافة هي النبوة ، والثاني خليفة لمن تقمك فيها ، وتكون الخلافة هي الملك » • وقد نقل الماوردي هذين الوجهين من تفسيره المسمى بالنكت والعيون بتغيير طفيف (أدب القاضي تحقيق محي هلال السرحان ١/١) •

(٢) في المخطوطة : قولنا أخذ •

(٣) في نسخة قليج : ولا احد من انسابه •

لانه عامل المسلمين ، وقد أوجب الله له اجرا ، والنبي صلى الله عليه وسلم فعل ذلك
وابو بكر وعمر رضي الله عنهما فرضا لانفسيهما من بيت المال ، وهكذا فعل الائمة .

١٥٨- ويفرض له مايكفيه ، ويوسع عليه حتى لا يشره الى اموال المسلمين .

١٥٩- وذكر في الباب ان عمر رضي الله عنه كتب الى ابي عبيدة بن الجراح
ومعاذ بن جبل بالشام^(١) ان انظروا رجالا من أهل العلم من الصالحين من قبلكم
فاستعملوهم على القضاء ، واوسعوا عليهم في الرزق ليكون لهم قوة وعليهم حجة .

١٦٠- وكان زيد بن ثابت يأخذ على القضاء اجرا وارزق علي عليه السلام
شريحا خمس مائة درهم .

وارزق النبي صلى الله عليه وسلم عتاب بن اسيد^(٢) حين استعمله على مكة أربعين
اوقية في السنة .

قال اسحق : لا ادري ذهب أو فضة .

وارزق عمر بن الخطاب رضي الله عنه ابا موسى في السنة ستة آلاف درهم
وهو على البصرة ، وكان مسروق لا يأخذ على القضاء رزقا وكان شريح يأخذ .

١٦١- وقال القاسم بن عمير لا ينبغي لقاضي المسلمين ان يأخذ على القضاء
اجرا ، ولا صاحب بعثهم^(٣) .

١٦٢- فاما الشافعي فقال :

« ومن تعين عليه القضاء وهو في كفاية لم يجز ان يأخذ رزقا ، لانه فرض
تعين عليه ، وان لم يكن له كفاية فله ان يأخذ الرزق عليه ، لان الكفاية لا بد منها ،

(١) جاء في المغنى ج ٩ ص ٣٧ ان عمر بن الخطاب كتب الى معااذ بن جبل والى
أبي عبيدة حين بعثهما الى الشام ان انظرا رجالا من صالحى من قبلكم
فاستعملوهم على القضاء ، واوسعوا عليهم وارزقوهم واكفوهم من بيت
مال المسلمين .

(٢) هو عتاب بن اسيد بن ابي العيص الصحابي اسلم يوم الفتح واستعمله النبي
على مكة بعد الفتح لما سار الى حنين (اسد الغابة ٣/ ٣٥٨)

(٣) صاحب البعث هو قائد الجماعة المجاهدة قى سبيل الله .

والقضاء لابد منه ، وان لم يتعين عليه : فان كان له كفاية كره ان يأخذ عليه الرزق ، وان لم تكن له كفاية لم يكره^(١) .

١٦٣- ويعطيه مع ذلك شيئا لاعوانه ، وما يصرفه في القرطاس .

واصحابنا لم يفصلوا هذا التفصيل بل لفظهم في الكتب مطلق .

١٦٤- واذا كان (القاضي) عاملا على المسلمين فهو كالعامل على الزكاة يجوز

ان يأخذ الاجر والرزق مع غناه فكذلك هذا ، فهذا ما قيل في هذا الباب .

فصل

في الرشوة على الحكم

١٦٥- فاما الرشوة على الحكم فاجمع اصحابنا جميعا على انه ذا قبل (القاضي)

الهديّة على اقامة الحق فقد فسق ، واكل الحرام .

قال الطحاوي : لان رسول الله قال :

هدايا العمال غلول^(١)

واكبر العمال القضاة

(١) جاء في المفنى ج ٩ ص ٣٧ انه « يجوز للقاضي أخذ الرزق ، ورخص فيه شريح وابن سيرين والشافعي واكثر اهل العلم » . وظاهر ان ابن قدامة المقدسى يختلف نقله عن الشافعى فى هذه القضية عن نقل السمنانى فقد اطلق الاول ما رواه الثانى مقيدا .

(٢) جاء فى القاموس المحيط أغل خان وأبله اساء سقيها فلم ترو ، وقد غلت هي ، وفى الجدل اخذ بعض اللحم والشحم فى السلخ .. وفلانا نسبه الى الغلول والخيانة ، وغل غلولا خان كأغل أو خاص بالفيء وجاء فى أساس البلاغة للزمخشري « لا اغلال ولا اسلال ، وهدايا الولاة غلول ، يقال غل من المغنم واغل ، وتقول : يد المؤمن لاتقل وقلب المؤمن لايفل من الفل وهو الحقد المنفل أى الكامن هذا وقد ورد حديث هدايا العمال غلول بصيغة هدايا الامراء غلول .

١٦٦- وقال الخفاف :

« ومن خشي سلطانا على نفسه أو ولده أو ماله فصانعه على شيء فلا اثم عليه ^(١) .

ومن رشا قاضيا فحكم له بحقه وهو حق له لم يسهه ذلك .

١٦٧- وإذا قبل القاضي الرشوة سقطت عدالته ، ولا ينفذ حكمه لمن رشاه وان حكم بالحق ^(٢) .

١٦٨- ومن رفع اليه من القضاة ابطله اذا صح عنده .

١٦٩ - وان رشا ولد القاضي أو كاتبه أو جاره حتى ساعده على الحكم فحكم القاضي وهو لا يعلم والطالب محق فهو آثم وما حكم به له فهو جائز لازم ^(٣) .

١٧٠ - ولا يقبل القاضي هدية رجل الا من كان يهاديه قبل الولاية ^(٤) وليس له خصومة ، ولا يقبلها في حال الخصومة ، فان قبل بعد ذلك فهو على العبدالة .

وهذا قول الشافعي في الهدية فيمن كان يهاديه .

ما جاء في تحريم الرشوة من الآثار

١٧١ - وقد ورد عن النبي صلى الله عليه وسلم انه لعن الراشي والمرشئ

(١) إشارة السمناني الى عبارة الخفاف يفهم منها للوهلة الاولى ان القاعدة المروية عن الخفاف هي الاصل والحقيقة انها استثناء محدود بحسود الضرورة يفهم من سياق العبارة تقدما ومما جاء في كتاب الخفاف قوله : فأما الرشوة على الحكم فأجمع أصحابنا جميعا على أنه اذا قبل الهدية على اقامة الحق فقد فسق ، وأكل الحرام .

(٢) أي أن حكمه يكون حينئذ باطلا بطلانا مطلقا بحتم الشرع .

(٣) الى هنا ينتهي نقله عن الخفاف وقد علق الخفاف على العبارة الأخيرة بقوله : « لانه غير مرتش ، اذ لم يعلم بذلك ولا ارتشى هو بنفسه » .

(٤) في الكنز ١٧٨/٤ ان القاضي يرد الهدية الا من قريبه أو ممن جرت عادته بذلك وفي تبين الحقائق ان المراد بالقرب ذو الرحم المحرم .

في الحكم ، وقال « هما في النار » وذكر الخبر ثوبان^(١) وقال فيه : « والرائش الذي يمشي بينهما » .

وعن ابن مسعود : ان الرشوة في الحكم كفر ، انما السحت ان يهدي الرجل الى الرجل هدية كيما يعين على حاجته .

وقال مسروق : ان القاضي اذا أكل الهدية فقد أكل السحت .

وقيل لعمر بن عبدالعزيز : مالك لا تقبل الهدية وقد قبلها رسول الله صلى الله عليه وسلم ؟

— قال تلك هدية وهذا لنا رشوة .

وحديث ابي حميد الساعدي ان النبي صلى الله عليه وسلم استعمل ابن اللثبية على صدقات بني سليم ، فلما جله قال :

— هذا لله وهذا اهدى الى .

فقام صلى الله عليه وسلم فصعد المنبر فحمد الله وأثنى عليه ثم قال :

— ما بال رجال نوليهم أمورا مما ولانا الله فيجىء احدهم فيقول هذا لكم

وهذا اهدى الى ، فهلا جلس في بيت ابيه وامه حتى تأتية هدية ان كان صادقا^(٢) !

اتقاء الظلم بالرشوة

١٧٢ — وروى عن جابر بن زيد قال :

— لا بأس بالرشوة اذا خاف الرجل على نفسه الظلم .

وقال :

— لم نجد في زمن عبدالله بن زياد أنفع لنا من الرشوة .

وقال الشعبي وابراهيم :

(١) هذه العبارة مقتضية واصلها في كتب الفقه يتضح مما ورد في المغنى ج ٩

ص ٧٨ حيث جاء : « وروى عبدالله بن عمر قال « لعن رسول الله (ص)

الرائش والمرتشى » قال الترمذى هذا حديث حسن صحيح ، ورواه أبو هريرة

وزاد في الحكم ، ورواه أبو بكر . . . وزاد : والرائش وهو السفير بينهما » .

وثوبان هو مولى رسول الله (ص) وهو ثوبان بن بجدد وقيل ابن بن جحد

ويكنى ابا عبدالله وقيل أبو عبد الرحمن والاول أصح وهو من حمير من اليمن أو

من السراة أو من سعد العشيرة (أسد الغابة ٢٤٩) .

(٢) ورد هذا الخبر في أدب القضاء للخصاف أيضا .

- لا بأس بالرشوة اذا خاف الرجل على نفسه الظلم .
وقال مجاهد :

- اجعل مالك جنة^(١) دون دينك ، ولا تجعل دينك جنة لمالك .
وكان الحسن لا يرى بأسا بان يعطى الرجل من ماله ما يصون به عرضه .
وفى هذا الباب اخبار كثيرة ذكرها الخفاف باسناد لكل منها ، وفى الذى ذكرته كفاية .

١٧٣ - واذا قد ذكرنا احوال الدخول فى القضاء واحوال الرزق عليه ،
فلنذكر احوال القاضى التى يكون عليها .

أحوال القاضى التى يقضى فيها

١٧٤ - وهذا باب احوال القاضى التى يقضى فيها ، وما يتقدم ذلك ،
ويترتب عليه .

١٧٥ - اعلم ان القاضى اذا ولاء الامام بلدا غير البلد الذى هو فيه وكب
عهده فقد قلنا انه يشهد على العهد فى قول ، وفى آخر يكفى مجرد العهد ،
وتثبت الولاية بالاستفاضة .

١٧٦ - فاذا اقترب من البلد غير بزرته ، وليس من أجمل ثيابه .

١٧٧ - واذا قرب من البلد دعا لنفسه بما روى من الدعاء عن النبي صلى
الله عليه وسلم انه دعا به فقال :

« اللهم رب السموات السبع وما اظلت

ورب الارضين السبع وما اقلت

ورب الشياطين وما اضلت

ورب الرياح وما ذرت

اسألك خير هذه البلدة ، وخير اهلها وما فيها ،^(٢)

(١) الجنة : الدرع وفى اساس البلاغة للزمخشري : ستره فاجتن واستجن

يجنه : استتر بها ، واستجن الولد فى البطن .

(٢) فى نسخة منيخ : وخير ما فيها .

وروى هذا الخبر الطحاوى فى ادب الحكام •

دعاء القاضي عند دخول البلد

١٧٨ - واما اذا دخل البلد قال :

(اللهم أجعله لنا قرارا واجعل لنا فيه رزقا طيبا)

كذا قال لما دخل المدينة صلى الله عليه وسلم •

وروى عنه انه كان يقول اذا دخل مدينة (أعوذ به من الاسد والاسود

والحية والعقرب ومن شر ساكني البلد ، ومن شر والد وما ولد ، ومن شر

كل احد) •

هكذا روى الطحاوى رحمه الله •

فصل

في صفة لباسه وفرشه

١٧٩ - ويستحب له ان يلبس السواد ، فان لم يكن فعمامة سوداء ، لان

النبي عليه السلام دخل يوم (فتح مكة) وعلى رأسه عمامة سوداء •

رواه جابر وأنس •

وتكون العذبة^(٢) على كفه الايسر •

(١) لبس السواد عادة عربية قديمة وكانوا يلبسون السواد في الجاهلية علامة

على طلب الثار • وقد اتخذ العباسيون السواد شعارا لهم بتأثير هذا العرف

القديم لخروجهم مطالبين بأمر عظيم هو انتزاع الخلافة والحكم من الامويين •

(٢) جاء في أساس البلاغة للزمخشري : «خفقت على رأسه العذب وهي خرق

الاولوية ، وعذب سوطه وهذبه جعل له علاقة وفي القاموس المحيط العذب

بالتجريك : القذى وما يخرج فى أثر الولد من الرحم .. والخيط الذي

يرفع من الميزان ، وطرف كل شيء ومن البعير قضيبه ، والجلدة المعلقة خلف

مؤخرة الرجل الراحلة بهاء في الكل • والعذبة بكسر الذال ما يخرج من

الطعام فيرمى والقذاة وما أحاط من الدرة والاعتذاب ان تسبل للعمامة

عذبتين من خلفها •

١٨٠ - ويختار له من الفرش في الشتاء البود البيض وفي الصيف الحصر والبواري .

مركب القاضي

١٨١ - قال الطحاوي :

يستحب له ان تكون مراكيه البغال الذكور فانه احسن من الاناث ، واثاث البغال اشبه بالحكم من البراذين ، والبراذين اشبه بالحكم من الخيل العرب . وما رأيت قط شيخنا قاضي القضاة رحمه الله ركب فرسا ، وكان يركب إناث البغال الكبير السن منها .

١٨٢ - ويستحب للقاضي ان يسلم على من يجتاز به ، فقد كان النبي صلى الله عليه وسلم يفعل ذلك .

١٨٣ - وقد قالوا انه يستحب له ان يقلل كلامه اذا سائره اهل البلد ، ويتحفظ في ذلك فان كلامه عليه محفوظ ، وذلك يقلل هيئته .

أحوال قاضي القضاة الدماغي

١٨٤ - وقد شاهدت شيخنا قاضي القضاة رحمه الله اذا ركب حدث من سائره ، وكان اذا جلس في مجلسه لم يخل من حكاية يوردها ومضخة يحكيها ، وبقي في القضاء فوق من ثلاثين سنة لانه ولي من ذى القعدة من سنة سبع وأربعين واربعمئة ومات في ليلة السبت رابع وعشرين من رجب سنة ثمان وسبعين ، وما نقصه ذاكر ولا عائب^(١) ولا حط عند احد من قدره لعظم^(٢) في نفسه ، وما رأيت قط حلف خصما ولا حكم بملك احد لاحد ، ولا قال قط ثبت عندي كذا ، ولا صح لدى ، بل يقول : شهد بذلك في مجلس الحكم ، واقر في مجلس الحكم ، وشهد المعدلون بذلك ، وهذه شهادة المعدلين وخطوطهم

(١) في نسخة منيخ : وما نقصه ذال ولا عابه .

(٢) في نسخة منيخ : لعظمته .

وقبول الأصل الذي هو شهادة الشهود ، وما قال قط صح عندي ان هذا الملك
لفلان ، وقد حكمت به لفلان واوجبت على فلان الخروج منه •
وكان يقضي في داره ، وربما سمع الشهادة على الطريق وفي السكة^(١)
إذا عبر وعلى باب الديوان وما رأيته عقد قط مجلس حكم في الجامع ولا في
المسجد ، رحمه الله ورحمنا اذا صارت ارواحنا اليه •

فصل

ما يفعله القاضي قبل مصيره إلى البلد الذي وليه

- ١٨٥ - وينبغي للقاضي قبل مصيره الى البلد الذي وليه ان يتعرف احوال
من به من الفقهاء والشهود والاعيان •
١٨٦ - وينفذ قبل ذلك الى الموضع من يشعر الناس بقدومه ليكونوا على
اهبة من قدومه واستقباله •
١٨٧ - وان يرجع اليه من انفذه ليكون الى جانبه (عند دخوله) يعرفه
كل انسان ليكرمه بما يجب اكرامه ، فلا يرفع وضعا ولا يحط من مرتبة كريم
ويكون رسوله ثقة امينا بما يخبر به •

كيفية دخول البلد الذي وليه

- وهذا باب كيفية دخول البلد الذي وليه :
١٨٨ - اعلم ان القاضي ان كان لامحمل^(٢) له ولا تبع فالمستحب له ان يدخل
ليلا الى البلد ، ويكون قبل ذلك قد اخذ منزلا يصلح للقضاء والحكم فلا يطلع
الناس على حاله ولا ما دخل فيه^(٣) •

(١) في نسخة منيخ : السفينة •
(٢) في نسخة منيخ : (تجمل) ولا محل له •
(٣) في نسخة منيخ : ولا ما كان فيه •

وان كان له محمل وتبع^(١) فالمستحب له ان يدخل البلد نهارا .

١٨٩ - ويستحب له من الايام يوم الاثنين ، لانه النبي صلى الله عليه وسلم دخل المدينة يوم الاثنين من غرة شهر ربيع الاول^(٢) وقيل لعشر ، وبعت في شهر رمضان صلى الله عليه وسلم قبل ذلك بثلاث عشرة سنة ، وتوفي في شهر ربيع الاول يوم الاثنين لاثني عشرة ليلة مضت منه سنة احدى عشرة ، واختلف في سنة صلى الله عليه وسلم ، فقال ابن عباس وعائشة وابن المسيب رضى الله عنهم ثلاثة وستون سنة ، وقال أبو حنظلة عمره ستون سنة ، وقال عروة بن الزبير ستون سنة صلى الله عليه وسلم .

١٩٠ - وينبغي له ان يقصد المسجد الجامع فيصلي فيه ركعتين ، ثم يأمر بعده^(٣) فيقرأ على من بحضرته ، ثم يأمر مناديا ينادي : من كانت له حاجة فليحضر فينظر فيما رفع اليه ، لان النبي صلى الله عليه وسلم كان اذا قدم من سفر بدأ بالمسجد فصلى ركعتين ثم جلس للناس ففضى بينهم روى ذلك كعب بن مالك^(٤) وام هاني^(٥) .

(١) في نسخة منيخ : « وان كان له تجمل ومال » لا مناسبة له .

(٢) في نسخة منيخ : ثاني عشر شهر ربيع اول .

(٣) العهد هنا بمعنى منشور توليته القضاء

(٤) هو كعب بن مالك بن ابي كعب واسم ابي كعب عمرو بن القين بن سواد الانصاري الخزرجي السلمي ، يكنى ابا عبدالله وقيل ابو عبد الرحمن ، امه ليلى بنت زيد بن تغلبة من بنى سلمه ايضا . شهد العقبة في قول الجميع ، واختلف في شهوده بدر ، والصحيح انه لم يشهدا ، آخى الرسول بينه وبين طلحة بن عبيدالله حين آخى بين المهاجرين والانصار ، ولم يتخلف عن رسول الله (ص) الا في غزوة بدر وتبوك . وهو احد « الثلاثة الذين خلفوا حتى اذا ضاقت عليهم الارض بما رحبت وضاقت عليهم انفسهم » . كان من شعراء الرسول فكان يخوف الكفار بالحرب ، وعن ابن سيرين ان دوسا انما اسلمت فرقا من قول كعب بن مالك :

قضينا من تهامة كل وتر

وخير ثم اغمدنا السيوف

تخبرنا ولو نطق لقال

قواطعهم دوسا أو تقيفا

فقال دوس : انطلقوا ، فخذوا لانفسكم لا ينزل بكم ما نزل بثقيف .

١٩١ - وان لم يقرأ العهد ومضى الى منزله اذن للناس اذنا عاما وقرى.

عهده عليهم فى منزله والاول احب الينا من الثانى .

١٩٢ - وكان خاتم النبي صلى الله عليه وسلم حديدا مكتوبا عليه شريط

فضة نقشه : محمد رسول الله ، صلى الله عليه وسلم .

ما ورد فى كتابه العهد من الآثار

١٩٣ - وانما قلنا يكتب له العهد لان النبي صلى الله عليه وسلم كتب

لعمر بن حزم حين بعثه الى اليمن .

وكتب أبو بكر الصديق رضى الله عنه للاشتر^(١) حين بعثه الى اليمن^(٢)

كتابا وختمه بخاتم رسول الله صلى الله عليه وسلم .

روى عنه ابو جعفر محمد بن على وعمر بن الحكم بن ثوبان وغيرهما (اسد
الغابة ٢٤٧/٤ - ٢٤٨)

(٥) اللواتى عرفن بام هانئ فى اسد الغابة اثنتان هما : ام هانئ الانصارية
لم يوقف على نسبها واختلف فى اسمها فقيل ام قيس وقيل ام هانئ
والظاهر انها ليست هى المقصودة فى السند المذكور ، اما الاخرى فهى ام
هانئ بنت ابي طالب القرشية اخت علي بن ابي طالب ، وقد اختلف فى
اسمها فقيل هند وقيل فاطمة وقيل فاخنة . وكانت تحت هبيرة بن عمرو
بن عائد بن عمران بن مخزوم المخزومي . اسلمت عام الفتح ، وهرب زوجها
هبيرة الى نجران ، وقال معتذرا بأنه لم يفر جبنا ولا خوفا من القتل وقد
اعجب بابيائه فى اعتذاره خلف الاحمر النقادة القديم وراوية الشعر الشهير
اما الابيات المذكورة فهى :

لعمر ما وليت ظهري محمدا

واصحابه جبنا ولا خيفة القتل

ولكننى قلبت أمري فلم أجـد

لسيفى غناء ان ضربت ولا نبلى

واقفت فلما خفت ضيقة موقفى

رجعت لعود كالهزبر الى الشبل

(اسد الغابة ٦٢٣/٥ - ٦٢٤)

(١) كذا فى جميع النسخ والاشتر هو مالك بن الحارث الاشتر وقد ولاء على

مصر وعهد اليه (نهج البلاغة . شرح محمد عبده ٨٢/٤) .

(٢) فى نسختى مينيخ وقليج البحرين .

وكتب عمر بن الخطاب رض الله عنه الى اهل الكوفة :
 « أما بعد ، فاني بعث اليكم عمار بن ياسر اميراً وعبدالله قاضياً ووزيراً^(١)
 فاسموا لهما اطيعوهما فقد آثرتكم بهما » يعني عمارا وابن مسعود^(٢) .

الإشهاد على التولية

- ١٩٤ - وقال الشافعي :
 إذا كان البلد بعيدا اشهد على التولية شاهدين لتثبت بهما التولية .
 ١٩٥ - وقال اصحابه :
 وان كان قريبا بحيث يتصل به الخبر بالتولية ففيه وجهان :
 احدهما يجب الاشهاد لانه عقد فلا يشب بالاستفاضة كاليق ، وهو قول
 ابي اسحق ، وقال الاصطخري : لا يجب الاشهاد لانه يشب بالاستفاضة فلا يفترق
 الى الشهادة ، وقد تقدم ما قلناه في ذلك .
 ١٩٦ - فإذا دخل البلد واستقر فيه وحصل في داره وجب ذكر الحالة التي
 يجلس عليها والصفة التي يكون عليها .

باب كيفية جلوس القاضي وإخوانه

والمكان الذي يقضي فيه

- وهذا باب يذكر فيه كيفية جلوسه واحواله والمكان الذي يقضي فيه .
 ١٩٧ - وينبغي للقاضي اذا اراد الجلوس للقضاء ان يخرج وهو على اعدل
 الاحوال لا جائع ولا عطشان ولا كضيف من الطعام ولا كسلان .
 ١٩٨ - ولا يقضي وهو غضبان .

(١) في تاريخ الطبري ٢٤٧/٤ انه كتب :
 « اني بعثت اليكم عمار بن ياسر اميراً وجعلت عبدالله بن مسعود معلماً
 ووزيراً » ووليت حذيفة بن اليمان ما سقت دجلة وما ورامها .. الخ » .

(٢) في نسخة قليج : قوله اثرتكم بهما يعني عمارا وابن مسعود .

- ١٩٩ - ولا يمزج مع خصم ولا يساره ولا يضحك في وجهه ولا يعبت بشيابه .
 ٢٠٠ - ولا يضجر ولا يعجل .
 ٢٠١ - ولا يلتفت عن خصم .
 ٢٠٢ - ولا يتكبر على وسادة حال القضاء .
 ٢٠٣ - ولا يلقي خصما حجته (١) .
 ٢٠٤ - ولا يقضي (في) حالة مرض ولا حزن ولا حر شديد ولا برد مؤلم .
 ولا في حالة فتنة .
 لان النبي صلى الله عليه وسلم قال « لا يقضي القاضي وهو غضبان » (٢) .

ولان هذه الامور تشله عن النهم ، وتمنعه من الحكم ، فاذا حدث له شيء مما ذكرناه وجب ان يقوم او يسكت ، حتى يذهب ذلك عنه .
 ٢٠٥ - وقد كان شريح اذا جاع قام ولم يقض .

فصل : قضاء النبي (ص) في شراج الحرة

٢٠٦ - فان حكم في هذه الاحوال بحكم نفذ حكمه وجاز قضاؤه ، اذا كان مما يجوز في حال اعتداله ، وذلك لما روى ان الزبير ورجلا من الانصار (٣) اختصما الى رسول الله صلى الله عليه وسلم في شراج (٤) الحرة فقال النبي صلى الله عليه وسلم :
 الله عليه الزبير :

-
- (١) في تحفة الفقهاء (٥٣٨/٣) جواز تلقين الشاهد دون الخصم .
 (٢) روى هذا الحديث ثلاثة من الصحابة هم : أبو بكر وأم سلمة ، وجناد بن ابى امية في البخارى ومسلم واحمد وابى داود والترمذى والنسائى وأبن ماجه .
 (٣) في أدب القضاء للماوردي (٧/١) ان هذا الانصارى « شهد بدرا ، وقيل انه حاطب بن ابى بلتعنة » كان عبدا فكاتب ، شهد بدرا والحديبية (انظر ترجمته في طبقات ابن سعد ٣/قسم ١/٨٠ ، سير اعلام النبلاء ٢-رقم ٩ ، النووى ١-ج ١-١٥١ طبقات ابن خياط ، ص ١٥١) .
 (٤) الشراج جمع شرجة وهى سيل الماء (تهذيب الاسماء واللغات ١٦١/١) والحرة : ارض ذاب حجارة سود والجمع حرار (المصباح ٢٠١/١) والحرة هى اللابة وحرم النبي (ص) ما بين لابتيه المدينة ، وهما حرتان تكتنفانها .
 (القاموس المحيط فى مادة اللوب) .

- اسق زرعك ثم ارسل الماء الى جارك فقال الانصاري :

- ان كان ابن عمك !

فغضب رسول الله صلى الله عليه حتى احمر وجهه ثم قال للزبير :

- اسق زرعك واحبس الماء حتى يبلغ الجدر ثم ارسله الى جارك (فنزل

قوله تعالى : فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدوا في
أنفسهم حرجا مما قضيت)^(١) .

فحكم في حال الغضب فدل على ان الاول منه على سبيل المعاونة والثاني كان
من الحق ، ودل على نفوذ الحكم حال الغضب .

فصل

القضاء في المسجد

٢٠٧ - قال اصحابنا جميعا :

والمستحب ان يجلس في مجلس الحكم في الجامع ، فان كان مسجد بجنب
داره فله ذلك وان قضى في داره جاز ، والجامع ارفق المواضع بالناس وأجدر ان
لا يخفي على احد جلوسه ولا يوم حكمه .

٢٠٨ - وقد كان الشعبي يقضى في الجامع ، وشريح يقضى في المسجد الا
يوم المطر فانه يقضى في داره ، وكان محارب بن دثار يقضى في المسجد ويخطب
بالسواد^(٢) .

(١) استندنا في ايراد هذه الزيادة الى ما جاء في ادب القاضى للماوردي
تحقيق السرحان (٦/١) والاية المذكورة من سورة النساء .

(٢) هو محارب بن دثار بن كردوس ابو دثار السدوسي الكوفي ، وقيل
انه ذهلي ، روى عن ابن عمر وعبدالله بن يزيد الخطمي وجابر وعبيد بن البراء
والاسود وصلة بن زفر ، وعنه عطاء بن السائب وأبو اسحق والاعشى وسعيد
بن مسروق وشريك وزبيد اليامي ومسعر وغيرهم . روى له الستة . وكان من
ثقات التابعين . مات سنة ست عشرة ومائة .

وقد قضى النبي في مسجده بين الانصار في موارث ، وكان الائمة يقضون في المسجد ولان المسجد ارفع المواضع واوسعها عليهم •

٢٠٩ - وقال الشافعي :

وكره ان يجلس للقضاء في المسجد لان الخصومة يحضرها اللفظ والسفلة ، فنزه المسجد من ذلك ، ولانه قد يقضى بين الحائض والجنب فلا يمكنهما المقام في المسجد •

٢١٠ - قال :

وان جلس في المسجد لغير الحكم فحضر خصمان أكره له^(١) ان يحكم بينهما^(٢) وذكر في الحجة حديث الحسن بن عثمان رضى الله عنه انه دخل المسجد ورأى سقاء على رقبته قرية فحطها ومعه خصم فقضى بينهما عثمان رضى الله عنه^(٣) •

٢١١ - وقد قال عمر بن عبدالعزيز :

(١) في نسخة منيخ : لم يكره له •
(٢) في أدب القضاء للماوردي علاوة على ذلك :
« قال مالك واحمد واسحق لا يكره ، وهو قول الشعبي وعن ابي حنيفة في كراهيته روايتان » (٧٨/١) •
(٣) هذه العبارة نقلها السمناني عن ادب القاضى للخصاف من باب « القاضى يقضى في المسجد واصل عبارة الخصاف » :
« روى هشام بن ابي عبدالله مولى لقريش ، قال : سمعت الحسن يحدث حديثا قال :

— اتيت المدينة فدخلت مسجد رسول الله يوما بالهاجرة ، فاذا انا بآبن عفان قد كوم كومه من الحصى ودفع رداءه ثم اتكى ، واذا هو رجل حسن اللحية ، واذا بجبينه نكات من أثر الجدرى ، واذا الشعر قد كسى ساعديه ، قال : فجاء سقاء يخاصم رجلا معه ، قال فجعل ينظر بينهما ، ففي هذا دلالة على ان القاضى في سعة من تنفيذ الحكم في المسجد الجامع أ ه •

وفى ادب القاضى للماوردي تفصيل اخر حيث ذكر ان كراهية القضاء في المسجد وردت فيها عن ابي حنيفة « روايتان استدلالا برواية الشعبي ، قال : رأيت عمر بن الخطاب مستندا الى القبلة يقضى بين الناس ، وقال الحسن دخلت المسجد فرأيت عثمان بن عفان الخ » •

لا يقعد قاض في المسجد فيدخل فيه المشركون فانهم نجس ، وتلا الآية .
٢١٢ - وكان يحيى بن معمر يقضى في الطريق ، وقصده رجل الى منزله فقال :

القاضى لا يؤتى في منزله (١) .

٢١٣ - قال الشافعى :

والمستحب ان يجلس للحكم فى موضع بارز يصل اليه كل واحد ، ولا يحتجب من غير عذر .

٢١٤ - ويستحب له ان يكون المجلس فسيحا حتى لا يتأذى بضيقه الخصوم ولا يزاحم فيه الشيخ والعجوز ، ويكون موضعا لا يتأذى فيه بحر ولا برد ولا برائحة تنة .

فصل

٢١٥ - ويجب ان يعرف للعالم والشريف والشيخ واهل الفضل حقوقهم ، فقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال :
اذا اتاكم كريم قوم فاكرموه ، ونزلوا الناس منازلهم ، واقبلوا ذوى الهيئات زلائهم .

٢١٦ - وينبغى له اذا دخل عليه سلطان ان يرفعه ويوسع له ويكرمه .
٢١٧ - وكذلك يكرم صاحب العلم والقرآن فقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال :

- « من اكرام الله اكرام ذى الشيب المسلم وحامل القرآن ، وغير الغالى فيه ، ولا الجافى عنه » .

٢١٨ - وان قام لرجل من اهل العلم فى مجلسه كان حسنا لا بأس به ، فقد قام النبي صلى الله عليه وسلم الى زيد بن حارثة ، ورأى قوما من الانصار مقبلين فقام اليهم .

(١) فى أدب القاضى للمأوردى ما يفهم منه جواز نظر القاضى فى منزله . (٧١/١)

وقام صلى الله عليه وسلم لعكرمة بن أبى جهل لما جاءه مسلماً ، وقال للانصار : قوموا الى سيدكم سعد بن معاذ^(١) .

فصل

٢١٩ - وان قام القاضى ليخرج او يدخل الى بيته او قام ليستريح فيتبغى لجميع من فى مجلسه ان يقوموا له ، فقد روى أبو هريرة ان النبى صلى الله عليه وسلم كان اذا قام يدخل منزله قمنا له قياما حتى يدخل .

٢٢٠ - وانما كره اصحابنا القيام على التكفير كما قال صلى الله عليه :
« الاعاجم يقوم بعضهم لبعض تكفيرا » .

٢٢١ - وان قام الى انسان فعانقه فلا بأس ، فقد قام النبى صلى الله عليه وسلم لزيد بن حارثة فعانقه وقام لجعفر بن أبى طالب لما اتاه يوم خير فقال :
« لست ادرى باى الفتحين اسر بقدوم جعفر أو بفتح خير » .

٢٢٢ - قال الطحاوى :

واذا استأذنه انسان ليقبل رأسه ويديه ورجليه فعل !

٢٢٣ - وقال ابو حنيفة اكره من الرجل ان يقبل من الرجل يده أو فمه واکره المعانقة ولا بأس بالمصافحة .

٢٢٤ - وروى عن أبى يوسف انه قال :

تجوز القبلة والمعانقة والمصافحة ، ذكر الخلاف ، فى كتاب الكراهة أبو الليث^(١) وغيره ، والذي ذكره الطحاوى قاله فى ادب الحكام الصغير له .

(١) ورد ذكر سعد بن معاذ فى رسالة العثمانية للجاحظ ووصف بانه كان « سيد الانصار وافضلهم » وقد تولى يوم بدر حراسة عريش النبى فى نفر من الانصار (العثمانية ، ص ٥٣-٥٤ ، اسد الغابة ٢/٢٩٦-٢٩٩) .

(٢) هو امام الهدى الفقيه أبو الليث نصر بن محمد السمرقندى مصنف خزانة الفقه وعيون المسائل والنوازل من فقهاء الحنفية فيما وراء النهر فى القرن الرابع الهجرى وقد ورد فى كتابه عيون المسائل فى باب ما يكره وما لا يكره فى المسئلة ١٨٨٨ .

« وكان أبو حنيفة يكره المعانقة والقبلة ، ولا يرى بالمصافحة بأسا ، ورخص ابو يوسف فى القبلة والمعانقة » .

٢٢٥ - وروى عن بريدة الأسلمي^(١) ان اعرابيا قال للنبي صلى الله عليه :

ائذن لي فأقبل رأسك ورجليك

فأذن له فقبل رأسه ورجليه •

٢٢٦ - وان قال رجل للمقاضي جعلت فداك جاز ، فقد قال ابن عمر ذلك

للنبي صلى الله عليه وسلم وقاله عقبه بن عامر وابو بكر وعمر وابن عباس وعمرو بن عتبة وأبو ذر وقره المزني^(٢) ، كذا روى الطحاوي رحمه الله •

٢٢٧ - وان قال لبعض ولده بمحضر من الناس فداك ابوك فلا بأس ،

فقد قال النبي صلى الله عليه وسلم ذلك لفاطمة عليها السلام •

٢٢٨ - وان قال له رجل :

- فداك ابى وأمي !

أو قال هو ذلك فلا بأس فقد قال النبي صلى الله عليه لسعد بن ابى وقاص :

ارم فداك ابى وأمي •

وجمع النبي صلى الله عليه للزبير يوم الخندق بين أبويه •

٢٢٩ - وان قال له رجل :

(١) هو بريدة بن سفيان الأسلمي وردت ترجمته فى اسد الغابة

١٧٦/١-١٧٧ وورد أيضا انه ليس من الصحابة وليس هو بذلك فى الرواية •

(٢) ترجم فى اسد الغابة لصحابيين باسم عقبه بن عامر احدهما عقبه

بن عامر بن عيسى الجهنى كان من أصحاب معاوية بن أبى سفيان وولى له مصر

وسكنها وتوفى بها سنة ثمان وخمسين روى عنه من الصحابة ابن عباس وأبو

أيوب وأبو امامة وغيرهم ومن التابعين أبو الخير وعلي بن رباح وأبو قبيل وسعيد

بن المسيب وغيرهم • والظاهر انه هو المقصود اما الآخر فهو عقبه بن عامر بن

نابى بن زيد الانصارى السلمى شهد العقبة الأولى وبدرا واحد ، واستشهد يوم

اليمامة (اسد الغابة ٤١٧/٣-٤١٨) •

واما عمرو بن عتبة فهو عمرو بن عتبة بن نوفل يعد فى اهل الحجاز

(اسد الغابة ١٢١/٤) •

واما قره المزني فهو قره بن اياس بن هلال المزني وهو جد اياس بن معاوية

بن قره قاضى البصرة الموصوف بالذكاء ، وكان قره يسكن البصرة ، كان على

عهد رسول الله (ص) صبيبا قد حلب وصر (اسد الغابة ٢٠٢/٤-٢٠٣) •

- جزاك الله خيرا •

قال له مثله ، فقد قالت ذلك الانصار وقال عليه السلام لها مثله •

٣٣٠ - وان دعا له رجل فقال :

- اعزك الله واصلحك الله او عمرك الله فحسن • وقد روى ذلك عن

النبي صلى الله عليه انه قيل له واجاب عنه^(١) •

٢٣١ - وان دعاه داع فلباه ، أو قال :- ليك وسعديك أو قال له : جملك

الله فلا بأس به ، فقد روى ذلك كله عن النبي صلى الله عليه وسلم •

٢٣٢ - ولو أمر رجلا بشيء فقال : سمعا وطاعة فلا بأس • قال ظهير^(٢)

ذلك للنبي عليه السلام •

٢٣٣ - وان اخبره رجل بخبر فقال : بخ بخ فحسن (فقد) قال النبي

صلى الله عليه وسلم لابن عمر : بخ بخ •

٢٣٤ - قال الطحاوي :

- وان حبس رجلا ليؤدبه فتشفع فيه شافع شفعه ، فقد روى فهد^(٣) بن

حكيم عن ابيه عن جده ان اياه اتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال له : جرابي^(٤)

فيما اخذوا ؟

فقال النبي صلى الله عليه وسلم : خلوا له عن جرابه •

فصل

٢٣٥ - قال أصحاب الشافعي :

(١) فى نسخة قليج : بمثله •

(٢) فى اسد الغابة (٣/٧٠-٧١) ترجم لصحابيين يدعى كل منهما ظهيرا

اولهما ظهير بن رافع بن عدى شهد العقبة الثانية وبدرا والثانى ظهير بن سنان الاسدي والظاهر ان المقصود هو الاول لطول صحبته •

(٣) فى نسخة قليج الحص بن حكيم وليس فى اسد الغابة سوى حص

بن قطن واخوه حارثة بن قطن بن زابر الكلبي وانهما وفدا على رسول الله (ص)

فكتب لهما كتابا فى الصدقات (اسد الغابة ١/٣٥٧ و ٢/٢٣) •

(٤) فى نسخة منيخ : جيرانى •

ويكره ان يكون القاضى جبارا عسوقا وان يكون ضعيفا مهينا •
لان الجبار يهابه الخصم ، ولا يستوفى حخته ، والمهين يطمع فيه ،
وينسب عليه •

وهذه اقوال بعض اصحابنا ايضا •

وقد روى عن بعض السلف •

وجدنا هذا الامر لا يصلحه الا شدة من غير عفو ولين من غير ضعف •
وقد قال أبو بكر رضى الله عنه فى خطبته ان اقواكم عندى لضعيف حتى
أخذ له الحق ، وان اضعفكم عندى لقوى حتى اخذ منه الحق ، فان استقيمت
فأعينوني وان زغت فقوموني (١) •

فصل

٢٣٦ - قال الطحاوى رحمه الله :

وينبغي له فى اليوم الذى يريد الجلوس للحكم ان يتخضع (٢) ، وان تآقت
نفسه الى اصابة النساء فعل ، وكذلك الطعام والشراب ، ويتقدم ليسبغ له فى الجامع
ليعلم الناس موضعه ، وان جعل لبد ابيض ووسادة فلا بأس ، ويطرح للشهود
الحصر والبوارى اذا لم يكن حصر •

٢٣٧ - وان قدر القاضى ان يجلس على مثل الشهود فعل ، فان المصليات
والمخاد والمرافق ليس من آلة (٣) الحكام •

٢٣٨ - ولا يتروح بالمرائح الطوال ولا للخصيان القيام على رأسه بالمذاود (٤)

٢٣٩ - وينبغي له ان يتخذ من الفلمن كل من لا يتوهم عليه الجاهل من

(١) انظر نص هذه الخطبة فى تاريخ الرسل والملوك للطبرى طبعه دار
المعارف بمصر ج ٣ ص ٢١٠ •

(٢) التخضع : تكلف الخشوع •

(٣) فى نسخة منيخ : أمر •

(٤) فى نسخة منيخ : بالمذاب •

الناس سوءاً ، ويرسم لهم أخذ القصص^(١) من غير ان ينظروا الى ما فيها أو عليها •
٢٤٠ - ويتقدم الى الشهود والامناء ان لا يلزموا^(٢) انساناً لهم ولا يأتوا
احداً في أمر الحكم والشهادة الا بامرهم ، وان يجتنبوا الضحك في المجلس وشرب
الماء والمراوح وما يدعو الى الوضع من قدرهم •

فصل

٢٤١ - واذا خرج الى المسجد بعد الاكل والشرب وما يحتاج اليه من
فعل^(٣) حاجة خرج متواضعاً متذللاً لئلا يعلم انه يريد أمراً عظيماً •
٢٤٢ - فلا يأكل من الطعام ما يكفله^(٤) ويحوجه الى كثرة شرب الماء ،
فان ذلك يضع من قدره ، والمعطش يشغل قلبه ، والامتلاء يثقل بدنه ، والجوع
يضجره ويعسر^(٥) خلقه •

٢٤٣ - ويكون قمطره^(٦) محمولاً بين يديه لا يغيب عن بصره وتحت خاتمه
٢٤٤ - ويسلم على من يمر به •
٢٤٥ - وقد روى عن اياس انه حين استقضى مجلس مجلس القضاء فكس
رأسه فجعل يكي والخصوم ناحية ، ثم دعاهم اثنين اثنين ففصل بلا شاهد انما هو
الاقرار •

-
- (١) جمع قصة وهي عريضة الدعوى اى الورقة التى كانوا يسردون
فيها مدعاهم ويقصون قضيتهم ويبينون شكواهم •
(٢) فى نسخة منيخ : ان يلزموا وفى نسخة قليج : ان يلزموا منازلهم •
(٣) فى نسخة قليج : من قضاء حاجة •
(٤) الكظة بالكسر البطنة وشئ يعترى من امتلاء الطعام ، كظله الطعام :
ملاء حتى لا يطبق النفس فاكتظ ، وكظله الامر كظاظاً وكظاظه بهضه وكربه
وجهد • (القاموس المحيط) •
(٥) فى نسخة قليج : ويغير •
(٦) القمطر خزانة يحفظ بها القاضى الرقاع وغيرها من اوراق القضاء •
جاء فى مختار الصحاح ان القمطر بوزن الهزبر والقمطرة ما يسان فيه الكتب
ولا يقال بالتشديد •

فصل

- ٢٤٦ - وبعد دخوله المسجد ينبغي ان يصلي فيه ركعتين أو أربعاً ، ان احب اذا كان فى وقت تجوز فيه الصلاة ويخفف ذلك ويدعو الله تعالى ان يفرغ عليه السداد ويجري على لسانه الصواب ، ويستعيذ بالله من الشيطان الرجيم .
- ٢٤٧ - وليكن من قوله : ما شاء الله ، توكلت على الله ، اعتصمت بالله .
- ٢٤٨ - ويقول : اللهم سلمني من مجلسي هذا ، وأعني عليه .
- ٢٤٩ - ويجعل القمطر عن يمينه .
- ٢٥٠ - قال الطحاوي :
- ولا احب له القيام الى من جرت عادة بالقيام اليه اذا جلس للحكم ، ولكن يرد السلام .

- ٢٥١ - ويجلس الشهود والامناء مجلساً لا يسمعون كلامه حيث يراهم كلهم .
- ٢٥٢ - ويكون اجتماع الخصوم بين يديه ، يكون بينهم وبينه مكان واسع .
- ٢٥٣ - وان يتقدم الى الحاجب بأن يأمر بكف الاصوات والسكوت وان لا يسار احد بين يديه اخر ولا يحدثه ، فان ذلك يشغل قلبه .

مجلس قاضي القضاة الدامغاني

- ٢٥٤ - وقد رأينا شيخنا قاضي القضاة رحمه الله يقعد فى مجلسه وسط الدست ^(١) المضروب ، والشهود حوله ، يتقدم من يشهد اولاً على من تأخر ، والقمطر بين يديه والمخاد على يساره ، والمسد ^(٢) خلف ظهره ، والناس حوله فمنهم من يقعد فى طرف المخاد ومنهم فى مجلس خلف المخاد ومنهم من يستند

(١) الدست الدشت ومن الثياب والورق وصدر البيت معربات ، والدشت الضحراء (القاموس المحيط) وقول السمناني أن شيخه كان يجلس وسط الدست المضروب يفهم منه انه كان قد ضرب له مجلس يجلس فيه للقضاء .

(٢) المسد القتل وحبل من ليف ، ليف المقل أو من أى شئ كان أو المظفور المحكم القتل : (ج) مساد وامساد ، ورجل ممسود : مجبول الخلق (القاموس المحيط) .

هذا وقد جاء فى نسخة قليج بدلا من لفظه المسد لفظه : المسند .

الى الحائط وعلى طرف المطرح له حلقة ، يستر بعض الشهود وجه بعض يوم المجلس ويتقدم الوكلاء بين يديه ، ويكثر الكلام ، ويقع الضجيج ، وربما ناظر فى الفقه ، وربما عنت بعض الوكلاء والشهود ، وربما مزح مع بعضهم ، وكان اذا دخل عليه داخل ممن يقام اليه قام له ولا يبالي ، وربما خرج متطيلسا وربما ترك الطيلسان واذا اراد الاسجال^(١) جرت له عادة نحكيها فى اثناء الكتاب عند ذكر كيفية ما ثبت عند الحاكم ، وكيفية اسجاله فى باب مفرد ان شاء الله .

فصل

(الفقهاء المشاورون)

- ٢٥٥ - وان احب ان يحضر القاضى مجلسه جمعا من الفقهاء واهل العلم والمعرفة بالدين والشرع فعل ، وليس ذلك بواجب^(٢) .
- ٢٥٦ - وان شاورهم فيما يقضى فلا بأس^(٣) ، فقد روى عن ابى هريرة انه

(١) كذا أيضا فى النسختين الاخيرين .

(٢) جاء فى مختصر الطحاوى (ص ٣٢٧ : « فان اشكل عليه شاور رهطا من اهل الفقه ، ثم نظر الى احسن اقاويلهم واشبهها بالحق فقضى به . وان رأى خلاف رأيهم احسن واشبه بالحق قضى به » .

(٣) يتضح من هذا ان صلة الفقه والفقهاء بالقضاء قديمة وهى تقوم على التعاون والتشاور مع عدم تقيد القاضى برأى الفقهاء المشاورين ، وقد وهم المؤرخ الانكليزى المعاصر برنارد لويس فى كتابه « بزوغ تركية الحديثة » حين لاحظ تاثر بناء المساجد فى تركية بطراز الكنائس البيزنطية فاستنتج فى شىء من الافتراضات المتكلفة أن هذه الصلة فى العمارة تفسر ما زعمه من احتمال ظهور نظام التدرج الوظائفى فى طبقة علماء الدين والفقهاء فى الاسلام فى ظل العثمانيين لأول مرة على غرار التدرج الكنسى بين رجال الكنيسة البيزنطية مستندا فى ذلك الى ترؤس المفتين المحاكم المحلية تحت السلطة العليا لشيخ الاسلام (كذا) مع مفتي العاصمة الذى شبهه ووصفه فى شىء من العبث بالبطريق الاول فى الدولة العثمانية فيالها من خفة فى البحث !

قال : ما رأيت احدا بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم اكثر مشاورة لاصحابه منه .
٢٥٧ - وكان الحسن يقول في قوله تعالى : [وشاورهم في الامر] «والله ما
تشاور قوم قط الا وفقهم الله لافضل ما بحضرتهم .

٢٥٨ - روى عن زياد انه قال :

ان الرجال ثلاثة : رجل ونصف رجل ولا شيء فالرجل هو الذى له رأى
ولا يحتاج الى غيره ونصف الرجل الذى لا رأى له ، واذا احضره أمر مشاور
ذا الرأى ، والذى لا شيء لا رأى له ولا يشاور .

٢٥٩ - واذا كان الحكم فى الكتاب والسنة أو الاجماع وهو يعلم ثبوته لم
يحتاج الى مشاورة ، وان كان فى القياس والاستدلال يشاور ولا يجعل فى ذلك
بحكم حتى ينقطع العدد ، وان شاور فقيها واحدا اجزاء .

فصل

أدلة الأحكام

٢٦٠ - وينبغي للقاضى ان يقتضى بنصوص الكتاب الناسخة ، فان لم يجد
ذلك ووجد الحكم فى السنة قضى ، وان كان فيه اجماع من الصحابة قضى به .
٢٦١ - وقد قال محمد بن الحسن (الشيبانى) الاصول اربعة : الكتاب
وما فى معناه والسنة وما فى معناها والاجماع وما فى معناه .

وحرصا على امانة البحث ننقل للقارىء عبارة هذا المؤرخ ليتأمل بنفسه
ما حكيناه عنه فقد جاء فى الصفحة السادسة من كتابه المذكور :

"To suggest but one possible line of thought: perhaps we may
associate the domed basilica type of mosque with the appearance for
the first time in Islam, and under Turkish rule — of an ecclesiastical
hierarchy, with muftis presiding over territorial jurisdiction, under
the supreme authority of the Seyh-ül-Islam, the chief Mufti of the
capital, whom we may describe, perhaps a little fancifully, as the
archbishop-primate of the Ottoman Empire".

(Bernard Lewis, The Emergence of Modern Turkey, Second
Edition, Oxford University Press. P.6).

وإذا اختلف الصحابة تخير أقوالهم وعمل بأقربها من الحق ان كان له رأى^(١) .

٢٦٢ - واعلم انه لا فرق عندنا بين ما ثبت بصريح اللفظ^(٢) فى الكتاب والسنة أو ثبت بفحواه^(٣) أو كان نصا^(٤) جليا أو خفيا أو لفظا وضع لفائدة واحدة

(١) نقل السمناني ههنا عن أدب القضاء للخصاف وقد جاء فيه بعد هذا : لان المشاورة ليست فرضا واجبا عليه حتى لا يجوز له انفاذ القضاء الا بها ، وانما هي مندوب اليها الخ . راجع ترتيب أدلة القاعدة الشرعية فى مختصر الطحاوى ص ٣٢٧ .

ويستفاد مما جاء فى ادب القضاء للماوردي ان الفقه الشافعى اميل الى تأكيد المشاورة فقد جاء فيه ان « القاضى مأمور بالمشاورة فى احكامه وقضاياها » ولكنه بعد هذا الاطلاق قيد ذلك بالنوازل الحادثة التى لم يتقدم فيها قول لمتبوع وبما اختلف فيه العلماء من مسائل الاجتهاد « فهو الذى يؤمر بالمشاورة فيهما دون ما كان ظاهرا جليا او انعقد الاجماع عليه . على ان القاضى انما يحكم فى جميع الاحوال باجتهاده دون اجتهاد المشاورين ، كما ان ان القاضى « ان لم يشاور وحكم نفذ حكمه اذا لم يخالف فيه نصا او اجماعا أو قياسا جليا غير محتمل ا هـ . (عن ادب القضاء للماوردي تحقيق السرحان ١/١١١) .

(٢) و (٢) قوله : ما ثبت بصريح اللفظ ينطبق على ما يسمى فى كتب اصول الفقه بالظاهر وقد عرف الظاهر بانه اسم لكل كلام ظهر المراد به للسامع بصفته (اصول البزدوي وشرحه لعبدالعزیز البخارى ١/٤٦) وقد استخدم السمناني مصطلح صريح اللفظ للدلالة على الظاهر ويقابله عنده الفحوى وهو ما لا يظهر المراد به للسامع بصيغته وانما يحتاج الى تأمل خلافا للظاهر وبعبارة اخرى فصريح اللفظ هو الذى لا يحتاج سامعه الى التأمل فى معناه لانه « يسبق الى العقول والاهوام لظهوره موضوعا فيما هو المراد به » (اصول السرخي ١/١٦٤) وحكم الظاهر فى اصول الفقه وجوب العمل به حتى يقوم دليل على تخصيصه أو تأويله أو نسخه (تفسير النصوص للدكتور محمد اديب صالح ، ص ٨٩) .

(٤) النص لغة رفع الشيء واظهاره اما فى اصطلاح الاصوليين فقد قال فيه الدهبوسي « هو الزائد على الظاهر بيانا اذا قبل به » وقد زاد البزدوى على ذلك ان هذه الزيادة تكون « بمعنى من المتكلم لا فى نفس الصيغة » (تقويم الادلة للدهبوسى ٢٠١ - ٢٠٢) واصول البزدوى ١/٤٦ وقد جلى السرخى هذا المعنى بقوله ان النص هو « ما يزداد وضوحا بقرينة تقترن باللفظ من المتكلم ، ليس فى

أو لفوائد كثيرة أو كان عاما أو خاصا^(١) بعد ان يكون ثابتا ناسخاً .

٢٦٣ - ولا يثبت نسخ القرآن الا بقرآن مثله أو بسنة مجمع عليها غير مختلف فيها ولا ينسخ بخبر واحد ولا قياس^(٢) .

٢٦٤ - واختلف في جواز تخصيص القرآن بخبر الواحد والقياس فمن اصحابنا من منع من ذلك ومنهم من اجازه في حال دون حال واختلف في تفصيل تلك الحال فمنهم من قال اذا دخله تخصيص جاز تخصيصه ، ومنهم من منع ذلك .

٢٦٥ - وكذلك خلافهم في السنة

غير أن المعلوم منها ينسخ بالمعلوم ، والمظنون بالمظنون ، وينسخ المظنون بالمعلوم كأخبار الاحاد تنسخ بالتواتر ، ولا ينسخ التواتر بخبر الواحد .

٢٦٦ - وما ثبت بالاجماع فيقدم على القياس .

اللفظ ما يوجب ذلك ظاهرا بدون تلك القرينة» (أصول السرخسي ١٦٤/١ ، تفسير النصوص لمحمد اديب صالح ، ص ٩٠) .

فالظاهر والنص صورتان من صور البيان الواضح وقد اطلق السمناني على اولهما مصطلح اللفظ الصريح وعلى الثاني مصطلح النص الجلي أما النص الخفي فهو جزء من اجزاء البيان المبهم وهو يقابل الظاهر من اجزاء البيان الواضح والخفي لغة مأخوذ من الخفاء وهو الستر والكتمان وعدم الظهور وفي اصطلاح الاصوليين « ما اشتبه معناه وخفي مراده بعارض غير الصيغة ، لا ينال الا بالطلب » (أصول البزدوى ٥٢/١) وحكم الخفي وجوب النظر فيه والطلب أى الاجتهاد والتأمل في معناه (تفسير النصوص لمحمد اديب صالح ، ص ١٦٥) .

(١) العام من الالفاظ ما دل على الشمول والاستغراق لكل ما يصلح له من افراده كلفظة من وكل ودابة والعام يوجب الحكم في جميع الافراد الداخلة تحته . اما التخصيص فهو صرف العام عن عمومه وارادة بعض ما ينطوى تحته من افراد لدليل يدل على ذلك والدليل المخصص أما ان يكون مستقلا أو غير مستقل (تفسير النصوص ص ٦٣٨ - ٦٣٩) .

(٢) يراجع بحث النسخ في كتابنا : نصوص قانونية وشرعية .

ويخص بالاجماع وخبر الواحد وبالعمل من الامة ، ولا فرق بين عمل العامة^(١) والعلماء .

٢٦٧ - واذا أجمع التابعون على حكم فهو مثل اجماع الصحابة رضى الله عنهم عندنا .

٢٦٨ - واذا اختلف الفقهاء فى مسألة عمل بأصوب الاقاويل عنده فى رأيه ان كان له رأى .

٢٦٩ - وان اعتدلت عنده الاقوال شاور فى ذلك أهل العلم وكتب اليهم ، ولا يعجل .

٢٧٠ - وان تساوت الادلة والحجج عنده فمن أصحابنا من قال يقف الحكم حتى يظهر له وجه مرجح ، ومنهم من قال هو بالخيار فى ذلك يعمل بأيهما شاء .

٢٧١ - وان شاور فقيها واحدا ورأى ما قال صوابا جاز له العمل به ، وان كان رأيه بخلاف رأى من شاوره لم يقض به وان كان أعلم منه وافقه .

٢٧٢ - ولا يقضي بشيء يراه عنده خفيا وان قال به بعض العلماء .

٢٧٣ - وفى هذا الباب علم كثير ومسائل صعبة واذ قد ذكرنا هذه الاحوال والصفات فلنذكر بعد ذلك قبض ديوان الحكم وتسلمه .

باب قبض ديوان الحكم

وهذا باب نذكر فيه قبض ديوان الحكم وتسلمه وكيفية العمل فى ذلك .

٢٧٤ - اعلم ان ديوان الحكم به قوام المعاملات وبه تحفظ الشهادات والوقوف

(١) عمل الامة هو العرف والعادة وهو مصدر للقاعدة القانونية الشرعية كما صرح السمنانى لا فرق بين ان يكون العمل عمل العامة أو العلماء ، وفى هذه التفرقة ما يشبه التفرقة المعروفة فى فقه القوانين الوضعية بين العادات والاعراف .

والمداينات^(١) وبه يتذكر الحاكم ما حكم به من العقود وشهادة من شهد عنده من الشهود ، وأوقات القضايا وتواريخ ازمان السجلات والمحاضر ، وفيه تعديل الشهود ومن عدلهم ، وفيه ذكر الجرح لمن شهد وبيان ما ردت به شهادة المجروح فهو أمين القاضى الذى لا يخون وخليفته الذى لا يشين فلا ينبغي له ان يتوانى فى حفظه ، ولا يقصر عن مراعاته وضبطه ، وهو الذى يجب ان يبدأ بالنظر فيه ويتسلمه من الموكل به ، وان كان له حافظا وعليه قائما •

٢٧٥ - والقاضى الاول اما ان يكون ميتا أو معزولا ، فالقاضى الثانى يجب عليه حفظ الديوان وتسلمه ممن هو تحت يده •

٢٧٦ - فان احب ان يحضر بنفسه والثقات فيسلم ذلك ويثبت ذلك فى نسخ وتكون واحدة فى ديوان الحكم ، والثانية حجة فى يد من تسلم ذلك منه والثالثة تكون فى يد النفر الذين حضروا معه ، وان اختار ان يقبضه بغيره فينبغى له ان يوكل رجلا ثقة ، ويشهد على وكيله بقبض الديوان من الحاكم المعروف أو من وكيله الذى كان الديوان تحت يده •

٢٧٧ - وان شاء ارسل كتابه وارسل معه من ثقة البلد من المقبول قولهم أو من الثقة غيرهم فيأمره بتسلم الديوان من الحاكم أو ممن دفعه اليه ، يفرد هو لذلك موضعا ليكون تحت يده وقبضته أو تحت يد كتابه •

٢٧٨ - ويكتب ما يقبض جميعه كتابا وسجلا سجلا •

٢٧٩ - ويختم ذلك كله بعد ان يثبت عنده أن ذلك محكوم به ويثبت على امينه او كتابه •

٢٨٠ - واذ قد ذكرنا الكاتب فينبغى ان نذكر الصفة التى يكون عليها •

(١) اوضح الماوردى هذا المعنى بقوله فى أدب القضاء فى الحاوى ان « الحكم يستظهرون فى حفظ الحقوق على أربابها بحفظ حججهم ووثائقهم فى نسختين يتسلم المحكوم له أحداها ، وتكون الاولى فى ديوانه حجة يرجع اليها اذا احتاج ليكون على ثقة مما فى يده » (٩٠/١) وعرف ديوان القاضى فى الهداية للمرغيناني ١٠٢/٣ بأنه عبارة عن الخزائن التى فيها السجلات وغيرها •

باب كاتب القاضي

- وهذا باب ذكر كاتب القاضى وما ينبغي ان يكون عليه من الصفات •
- ٢٨١ - اعلم ان النبى صلى الله عليه وسلم كان له كتاب منهم علي ابن ابي طالب عليه السلام وزيد بن ثابت ومعاوية بن ابي سفيان رضى الله عنهم •
- ٢٨٢ - وكان لابي بكر الصديق عليه السلام ورضوان الله زيد بن ثابت وعثمان بن عفان رضى الله عنهم يكتبان •
- ٢٨٣ - وكان كاتب عمر رضوان الله وسلامه عليه عبدالله بن ارقم^(١) وزيد بن ثابت رضى الله عنهم •
- ٢٨٤ - وكاتب عثمان مروان •
- ٢٨٥ - وكاتب علي بن ابي طالب عليه السلام عبدالله بن ابي رافع رضى الله عنهم أجمعين •
- ٢٨٦ - وهو فعل ائمة المعدلة وولاة الجور •
- ٢٨٧ - واذا استكتب القاضى رجلا فقد اقامه مقاما يجب عليه ان يختاره ، وان يستفرغ الوسع والمجهود فى ذلك فيكون معروفا بالسداد فى مذاهبه والاستقامة فى طرائقه ، ويكون عدلا فى دينه •
- ٢٨٨ - قال الخفاف :
- ويتخذ كتابا ورعا مسلما عارفا بالفقه وقاله غيره من اصحابنا كالطحاوى وابن الحسن وغيرهما والفاظهم متقاربة •
- ٢٨٩ - فقال الطحاوى فى مختصره فى الفقه : وينبغي ان يتخذ كتابا من أهل الصلاح والعفاف ، ولا ينبغي ان يتخذ كتابا ذميا ولا عبدا ولا مكاتبا ولا محدودا فى قذف ولا ممن لا تجوز شهادته •
- ٢٩٠ - وقال غيره :
- ينبغي ان يكون مع هذه الشرائط مستقلا بما يتقلده ، ومؤثرا البر بين من
-
- (١) هو عبدالله بن الارقم بن عبد يغوث الزهرى اسلم عام الفتح وكتب للنبي نم لابي بكر وعمر •

يصحبه ويكون أمينا فقيها ، يجرى على هذا فتوحى الصدق فيما يحضره ويغيب
عن مشاهدته ، صادقا فإن القاضي قد آمنه من أمر الحكم على من لا يؤمن على
مثله إلا أمين ، وفوض إليه (من) حجج الخصوم والمرفوعين إليه ما لا يفوضه
إلا إلى ذوى العفاف والدين .

٢٩١ - وكذلك ينبغي أن يكون كاتب الامام والسلطان لانهما اعظم رتبة
واوفى منزلة والسياف في يد السلطان والشرع في يد الامام .

سيرة نظام الملك وإصلاحاته

٢٩٢ - وقد شاهدنا في عصرنا هذا من صاحب الاجل نظام الملك قوام
الدين العالم العادل المظفر المنصور مولى النعم ابي علي الحسن بن علي بن اسحق
رضي أمير المؤمنين اعز الله نصره الصدر المأمون على الدين والمسلمين واهل
الذمة والمعاهدين ، الذين تكملت فيه صفات الامامة واشتهرت بسيرته السيرة ،
العفيف نفسه الكريم طبعه الحافظ سره الرؤف في نظره المنزه عن دنس الكتاب
والوزراء المحافظ على تلاوة القرآن وسماع الآثار والصوم في الهواجر والقفار ،
الباني اندارس في كل خطة وديار ، لا يشتغل بسماع وتر ولا صوت فتنة ولا
نظر في لهو ولا لعب بنرد ولا شطرنج ولا ينادم على خمر ، ولا يستحسن
قيحا ولا يقبح حسنا فجاءه الله أحسن الجزاء عن الخلق وعن سلطانه الذي
فعله يناسب خلقه واصله يسد^(١) فرعه ، الذي اسقط في وقته جميع المواخير
التي من بغداد الى جيحون ، في سائر اعماله ، ولا يعرف له حبس ولا قيد ،
ولا قتل ولا فساد طريق ولا نظر الى حرمة السلطان المعظم خلال الدولة وجمال
الملة ركن الاسلام والمسلمين معز الدنيا والدين ابي الفتح ملك شاه عضد الدولة
الاب ارسلان محمد بن داود بن مكائيل يمين أمير المؤمنين رحمه الله^(٢) .
ثم يرجع بنا القول الى ما كنا فيه .

(١) في القاموس المحيط : سد الثلمة كمد اصلاحها ووثقها .

(٢) قوله رضي أمير المؤمنين ويمينه من الانقلاب التي شاع اطلاقها من
طرف الخلفاء العباسيين على امراء البويهيين والسلاجقة ووزرائهم على سبيل لتكريم
والابهة .

نصف عمل الكاتب

٢٩٣ - وينبغي للقاضي مع ذلك ان يتفقد امر كاتبه ويتصفح عمله ، ويشرف على ما تحت يده حتى يؤدي ذلك الى حفظ احكامه وضبطه فيؤمن من وقوع خلل فيما يكتبه ويحكمه ويدونه ويمضيه من الاحكام التي تبقى على الدهر ولا ينقضها ممر عصر ويكون مع ذلك حسن الخلق لا يقبل هدية ولا يتسبط في حاجة ، يتجنب ما يتجنبه القاضي ، ولا يأنس بكل أحد فان ذلك يضع من قدره فيضع من قدر صاحبه .

٢٩٤ - واذا أمره القاضي بشيء فيه غلط او خطأ فينبغي للكاتب ان يقول نعم ، ثم يعود فيوافقه على سبيل التعلم من القاضي لا على سبيل الرد عليه فان الاول بقربه منه والثاني يبعده .

٢٩٥ - وينبغي للكاتب ان يتحرز من خطأ يقع عليه حتى لا يراه صاحبه بذلك فان خطأه راجع على صاحبه ، وعيه لا حق به .

٢٩٦ - وينبغي ان يكون مجلسه من القاضي عن يمينه أو عن شماله ، ومجلس الشهود لقراءة الكتب والشهادات عن يمينه وعن يساره ، وان كثروا فجلس بعضهم عن اليمين وعن اليسار فجائز .

ما كان عليه العمل في مجلس قاضي القضاة

٢٩٧ - وقد حكينا ما رأيت عليه شيخنا قاضي القضاة رحمه الله في مجلسه ، وكانوا في المجلس عن يمينه وشماله وبين يديه ، وكان كاتبه اذا قرأ السجل بحضرته يكون الاصل في يد آخر من الشهود ينظر فيه وآخر ينظر في النسخة الاخرى .

٢٩٨ - وكان الشهود اذا شهدوا قال لهما :

- هكذا شهدتما ؟

فاذا قالوا : نعم علم عليه .

٢٩٩ - وكان في بعض الاحوال اذا قربت السجلات من بين يديه

يقول للمدعي :

- هكذا ادعت ؟

اذ ربما أعاد الوكيل الدعوى .

٣٠٠ - ثم يستل المدين وهو المدعى عليه :

- هل لك حجة تدفع بها ما ثبت عليك ؟

فاذا قال : لا حجة لي تدفع ما ثبت ولا شيئاً منه ، اشهد حينئذ الشهود عليه .

٣٠١ - وسندكر من ذلك طرفاً عند الدعاوى ، وكيف تكون الشهادة

ان شاء الله .

٣٠٢ - وينبغي ان يقول القاضي للمدعى :

- هكذا ادعت ؟

فاذا قال نعم ، يقول للمدعى عليه :

- انت فلان بن فلان .

فاذا قال نعم ، قال .

- وهكذا اقررت او انكرت أو لك حجة تدفع ما قال ؟

فاذا قال لا ، قال للشهود .

- اشهدوا .

٣٠٣ - وكان لفظ شيخنا قاضي القضاة رحمه الله .

- انا اشهد الجماعة على حكمي وانفاذي لهذه النسخ على حسب ما كتب

الي فيها من حكمي وانفاذي .

٣٠٤ - وكان يعلم في رأس السجلات ولا يعلم في اسفلها .

٣٠٥ - وكان يعلم في الكتب المشهود بها في أعلاها وتحت شهادة من شهد

بها ، وكان في السجل يجتزى بالعلامة^(١) في رأسه ، ويؤرخ اليوم المحكوم

فيه بيده في خلال السجل .

٣٠٦ - وينبغي للكاتب ان رأى في الكتاب خلافا ان ينهى ذلك الى القاضي

(١) في نسخة مينيخ : بالكتابة .

حتى يغير هو ان سها القاضى ، ولم يكن عنده علم من ذلك الامر ، ويذكر للقاضى على سبيل ان يتعلمه من القاضى لا على سبيل الموافقة عليه فان ذلك يقربه من صاحبه والثانى يبعده •

٣٠٧ - ولا ينبغي للكاتب ان يفنى لصاحبه سرا ولا يتحدث عنه بكذب ولا يفتاب عنده احدا ولا يعارضه فى أمره ، ولا يعترض عليه ، ولا يقطع أمراً دونه .

٣٠٨ - وينبغي له ان يدرس المحاضر والسجلات وكتب الوقوف والوصية وكتب الاشربة والبياعات والمعاملات وما هو عون له على صنعته وما تدب اليه من كتابته ، لانه اذا لم يعرف ذلك لم يحسن ان يضع الامور فى مواضعها •

كتاب كنز العلماء والمتعلمين

٣٠٩ - وقد صنفنا فى الشروط كتابا سميناه كنز العلماء والمتكلمين فى علم الشروط على نمط يخالف فى الترتيب سائر كتب من تقدم ، وهو مما لا يستغنى عنه عالم ولا متعلم ، وفيه من الفقه والتعليل لكل شرط ، وذكرت خلاف الناس فيه ، وخدمت به أيضا صاحب مولانا نظام الملك خلد الله ملكه وحليته باسمه ولاجله ، فينبغي لمن حصل هذا الكتاب اليه ان لا يطلب الاجر فهو مجلد مقتصد لا كبير ولا صغير ففيه ما يعين على هذا الكتاب ، كما ان فى هذا الكتاب ما يعين على ذلك •

رفع قدر الكاتب

٣١٠ - وينبغي للقاضى ان يرفع من قدر كاتبه ويعظمه ويذكره باحسن ما فيه حتى يعرف له تقديمه عنده وتعظيمه اياه •

الشروط الواجبة فى كاتب القاضى فى نظر الشافعية

٣١١ - فاما اصحاب الشافعى فقالوا : ان احتاج القاضى الى كاتب فمن شرطه ان يكون عارفا بما يكتب به القضاة من الاحكام وبما يكتبه من المحاضر والسجلات ، لانه اذا لم يعرف ذلك افسد ما يكتبه بجعله •

٣١٢ - وهل من شرطه ان يكون مسلما عدلا ؟

فيه وجهان :

أحدهما أن ذلك شرط ، ولا يجوز أن يكون كافرا كما قلنا نحن في ذلك لأن أبا موسى الأشعري قدم على عمر ومعه كاتب نصراني فانتهزه عمر رضى الله عنه وقال له :

بأنهم فقد خذلهم الله ، ولا تدنوهم فقد أبعدهم الله ولا تعزوهم فقد أذلهم الله .

ولأن الكافر عدو للمسلمين فلا يؤمن أن يكتب ما يبطل + حقوقهم .

٣١٣ - ولا يجوز أن يكون فاسقا لأنه لا يؤمن أن يجوز .

٣١٤ - والوجه الآخر لهم أن ذلك مستحب لأن ما يكبه لابد أن يقف عليه القاضى ثم يمضيه فتؤمن به الخيانة ، وما فعله عمر رضى الله عنه يدل على إبطال هذا الوجه لأنه لم ينكر عليه من السلف والخلف ذلك .

٣١٥ - والوجهان حكاهما الشيرازى رحمه الله فى المذهب فى المذهب ، وأظنه لما رأى ما عليه النصارى واليهود من كتاب دار الخلافة وما يذللون به المسلمين ويمتهنونهم فى المعاملات وأرباب الدواوين والجهابذة على الأموال خرج هذا الوجه ، وخرجه غيره من الأصحاب لهم .

٣١٦ - وأذا قد ذكرنا صفة الكاتب والكاتب يحتاج إلى سفير بينه وبين القاضى يتردد فى الأمور والأحوال ، وليس ذلك إلا الحاجب .

باب الحاجب

وهذا باب يذكر فيه الحاجب ، وما ينبغي أن يكون عليه من الصفات .

٣١٧ - أعلم أن المرجع فى هذا الباب فى جواز اتخاذ الحاجب للقاضى والامير إنما هو الشرع ، وقد كان هذا أيضا فى الجاهلية ، وكان بنو شيبه حجة

البيت الحرام ، وقد حجب النبي صلى الله عليه وسلم أنس^(١) ، وكان لابي بكر الصديق رضى الله عنه حاجب هو سديف^(٢) مولاه ، وكان لعثمان بن عفان حمران ، ولعلي ابن ابي طالب عليه السلام قنبر مولاه .

٣١٨ - وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم :

عليكم بسنتي وسنة الخلفاء الراشدين المهديين من بعدى فعضوا عليها بالنواجذ .

٣١٩ - وقد فعل ذلك ائمة العدل وولاة الجور ، وهو فعل الناس فى كل زمان ، ومع كل امام وسلطان .

٣٢٠ - وقال اصحابنا :

ينبغي ان يختار (من) الحجبة من لا يتجهم الخصوم ولا يختص بعضهم دون بعض بالوصول وتكون له معرفة باوقات ما يجوز ان يستأذن فيها بالحضور لمن يقصد القاضى . ويعرف من جاء خصما او زائرا أو سائلا له أو طالبا لرفده^(٣) أو مستفتيا له فى الحكم والشرع .

(١) هو أنس بن مالك الانصارى الخزرجى النجارى من بني عدى بن عبد النجار ، خادم رسول الله (ص) خدم النبي عشر سنين وكان غلاما كاتباً يوم التحق بخمته ، وهو اخر من توفى بالبصرة من الصحابة . (أسد الغابة ١٢٧/١ - ١٢٩) وقد امتحن فى زمن الحجاج بتهمة قعوده عن نصره عثمان مع آخرين من الصحابة فختم معهم فى عنقه حتى ورد عليه كتاب عبد الملك بن مروان فيه وقد علل هذا الاجراء التعسفى بأن الحجاج أراد بذلك اذلال تلك الفئة القليلة من معارضيه من الصحابة وأن يجتنبهم الناس ولا يسمعوهم منهم (أسد الغابة ٣٢٦/٢) .

(٢)

(٣) الرصد بالكسر العطاء والصلة ، والارفاد الاعانة والاعطاء ، والرفادة شئ كانت تترافد به قریش فى الجاهلة تخرج فيما بينها مالا تشتري به للحاج طعاما وزبيبا ، والارتفاد الكسب والاسترفاد الاستعانة ، والترافد التعاون (القاموس المحيط) . ورفاده قریش نوع من الاشتراكية البدائية حيث كانت القبائل والمدن الصغيرة فى الشعوب القديمة تتناول الطعام على موائد عامة ، ويمكن القول ان الرفادة بمعناها هذا كانت من الواجبات الوظيفية المنوطة بزعامات الجماعات العشائرية فى الجاهلية .

٣٢١ - ويوعز القاضي اليه في بسط الوجه ولين الكنف^(١) وحسن اللفظ ورفع المؤونة ، وكف الاذية والسرعة في أمره ، بادخال كل إنسان مع خصمه اذا اذن بدخوله من غير تأخير لاحد منهما عن صاحبه باوجز بيان ، ويسهل لهما السيل .

٣٢٢ - واذا كان الداخل رجلا له قدر (و) لخصومه (له) مع احد ، وانما اتى لزيارة القاضي فينبغي للحاجب ان يتقدم بين يديه ويستقبله قبل دخوله على القاضي ، ويدخل بين يديه ينبه الجماعة على موضعه ومكانه .

٣٢٣ - وينبغي ان يكون دخول الحاجب على القاضي قبل جميع الناس ليعرف من حضر على الباب من الناس ثم يأذن لمن يريد الدخول عليه والحديث معه فقد روى انه كان لياس بن معاوية موضع يجلس فيه وينظر الخصوم ويسمع كلامهم قبل الدخول عليه .

٣٢٤ - وسنحكي في آخر الكتاب (شيئا) من ملح قضاياه ان شاء الله .

٣٢٥ - وحكى شيخنا قاضي القضاة ان ابا خازم القاضي كان يقضى في الجانب الغربى ببغداد وان ابا عمرو القاضي كان يقضى في (الجانب) الشرقى فحصل في جسهما رجل عليه دين ، وكان له قريب يخدم علي بن عيسى الوزير ، فسأله لعله يمشى في الرجل المحبوس ، فأنفذ على بحاجب له الى ابي خازم وابي عمر يسألهما في الرجل فمنعه حاجب ابي خازم ، وكان اذا جلس الى قبل الزوال ونهض (و) غلق الباب لا يستأذن عليه لاحد من الخلق ، فحضر الحاجب فسأل البواب ان يستأذن فقال له :

- ما جرت العادة بذلك .

(١) الكنف هو الجانب والظل والناحية كالكنفة محركة ومن الطائر جناحه وأنت في كنف الله تعالى محركة في حرزه وستره . وكنف الابل والغنم يكنفها بضم لنون وكسره عمل لها حظيرة يؤويها ليها ، وكنف عنه عدل ، (القاموس المحيط) .

فقال :

- انا صاحب الوزير ، وقد اتيت فى حاجة فقال :
- ما جرت العادة فان كان لك شغل ترجع وقت العصر حتى تصل اليه .
فتمدد الحاجب فى مسجد قرب داره ، وكان يوما صائفا شديدا الحر ،
فقال كل اذى من الصبر ، فلما كان وقت العصر خرج البواب ورش الباب ،
ودخل المسجد فقال للحاجب :

قد جلس القاضى •

فقام الحاجب ودخل على ابي خازم وعرفه ما فعل البواب من الجفاء وسوء
العشرة اعتقادا منه انه يتقدم بهوانه ، فقال له :
- كذا جرت العادة ، وما اذن له بعد قيامى ان يستأذن لاحد فاغتاظ الحاجب ،
وبلغ الرسالة باحسن لفظ ، فقال له ابن خازم :
ليس هذا الرجل فى حبسى فاخرجه ، وانما هو فى حبس صاحب الدين
فسلوه او اعطوه حقه حتى يخرج •

فقام الحاجب أشد غضبا مما كان فقصدا ابا عمر فساعة رأوه أصحابه بادر
اليه حاجب ابي عمر وسائر الاعوان فاستقبلوه وأكرموه ودخلوا بين يديه ، فسلم
له أبو عمر وعظمه وأكرمه ، وادى الحاجب الرسالة ، فقال له أبو عمر •
- ذاك المولى والمضد والسمع والطاعة ، لننظر بما حبس عليه من دفتر
المحبس ، فلما وقف على ذلك قال لأمينه •

- لك هذا المال عن الرجل وفك حبسنا عنه ، واعتذر اليه •

فقام الحاجب مسرورا بما لقي ، وحدث الوزير بما جرى واحسن فيما
بلغ عن ابي عمر ، وقبح ما قال له أبو خازم وما فعل معه بغاية ما قدر
عليه ، فقال علي بن عيسى :
- أى الرجلين اعظم •

فقال الحاجب :

- أبو عمر •

فقال له الوزير .

- أبو عمر عقل كله (وأبو خازم) دين كله ، وصدق أبو خازم فيما قال لك ، وهذا كان الواجب ان يفعل في المحبوس .

٣٢٦ - وقال الشافعي :

نكره له ان يتخذ حاجبا لانه ربما منع من له ظلامة ، واذا كان كما وصفناه أمن ذلك^(١) .

وقد قال لا يكره للإمام ان يتخذ الحاجب للقاضي ينبغي ان يكون مثله .

٣٢٧ - واذا قد ذكرنا صفة الحاجب ، وهو يتقدم في الدخول على الوكلاء ، وجب ذكر صفة الوكلاء .

باب الوكلاء

وهذا باب نذكر فيه وكلاء القاضي وما يجب عليهم .

٣٢٨ - قال اصحابنا :

- وينبغي للقاضي ان يتخذ من الوكلاء الشيوخ والكهول من اهل الستر والعدل والعفاف ، ومن يكون مأمونا على الخصومة ، وعلى دقيق ما يجرى فيها ، ولا يخضع فيمن يتوكل له « كذا » ولا يتوقف عن حجة اذا لاحت له على خصمه فانه قد اقامه مقام نفسه .

٣٢٩ - ولا ينبغي ان يفش موكله ولا يستجمل جملا على حجة من خصمه ، ولا يواطىء عليه في الباطن ، فمتى فعل ذلك فقد باء بائمه وتحمل وزره والله حسبه .

٣٣٠ - ويقيم الحجة للصغير الذي يتكلم عنه كما يقيمها للكبير .

٣٣١ - وينبغي ان يكون مأمونا على الحرم ، فانه ربما يتوكل للنساء فينبغي ان يكون ممن لا يتهم برية في كلام النساء .

٣٣٢ - ولا يتوكل فيما يعلم انه باطل ، فقد روى ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال :

(١) أدب القاضي للماوردي ٧٢/١ والمختصر ٢٤١/٥ والإمام ٢٠١/٦ والمهذب ٢٩٥/٢ .

- « من خاصم في باطل وهو يعلمه لم يزل في سخط الله حتى يفرغ » ،
وروى أيضا عن النبي صلى الله عليه أنه قال :
• « من أعان على خصومه بظلم فقد باء بنفس من الله » .
٣٣٣ - وانما اعتبرنا هذه الشروط لان أبا حنيفة يجيز اقرار الوكيل على
موكله في مجلس الحكم •
٣٣٤ - وسنذكر في كتاب الوكالة ما يجوز من ذلك ، وما لا يجوز ،
ونذكر الخلاف في ذلك •

نقد وكلاء قاضي القضاة

- ٣٣٥ - وقد شاهدنا وكلاء شيخنا قاضي القضاة رحمه الله ، وهم بالضد
من هذه الصفات التي ذكرها أصحابنا ، وكان فيهم انسان يتباهى بالشر في
الخصام ، ويقول :
- انما ينبغي أن يتين الوكيل بما يبصره ، وانني أكره أن أحكي صفات
كل واحد منهم وما فعله في حال حياته وانسأطهم عليه والتلاحي في الاحكام
عليه بالكتاب والمحتسين ؟ وكان فيهم من يؤثر الوكالة وفيهم من لا يؤثر ذلك
وتركها مع القدرة عليها لما رأى أحوال الناس والخليط •
٣٣٦ - واذ قد ذكرنا الوكلاء فلنذكر أعوان الوكلاء وأتباعهم •

باب أعوان القاضي^(١) وأتباعهم

- وهذا باب أعوان القاضي وأتباعه والمحضرين •
٣٣٧ - قال أصحابنا :
ينبغي أن يتفقد من على بابه من أصحابه وأعوانه والمحضرين ، ومن
يجرى مجراهم ، ويمنعهم من المآكل الرديئة ويقوم منهم من يجب تقويمه ،
ويبعد منهم من كان معروفا بالفساد والخيانة ويباعده عن بابه لان عيهم راجع
عليه وفعلهم عار عليه •

(١) في المخطوطة : الوكلاء •

٣٣٨ - وإذا اطلع منهم على الفساد والخيانة ولم ينكر ذلك شاركهم في
الاثم ، وربما كان ذلك مما يوجب فسقه إذا أمرهم عليه مع قدرته على انكساره
وازالته لانهم أعوان الشرع والدين فيجب عليهم أن يكونوا أعرف بالشرع
وأقوم بالدين والله أعلم .

فصل

تفقد النواب

٣٣٩ - وإذا قلنا يجب عليه تفقد الوكلاء والاتباع فتفقد الخلفاء والنائبين
عنه في المواضع أولى وأحرى .

٣٤٠ - ويجب أن يسأل عنهم في السر من حيث لا يعلمون فمن انتهى
إليه أنه أمين أقره وأكرمه وزاد في الاحسان اليه وأعظمه ، وإن كان بخلاف
ذلك أسرع في صرفه ، وأشهره ونادى عليه حتى لا يستعمله آخر غيره ولا
يفتر به سواه ، ويصلح البعيد بالقرب واللاحق بالسابق ، وسنذكر لخلفائيه
بابا إن شاء الله .

٣٤١ - وإذا قد ذكرنا الوكلاء والاتباع فينبغي أن نذكر أصحاب مسائله وإخياره
وما يجب أن يكونوا عليه من الصفات .

باب أصحاب المسائل عن الشهود

وهذا باب ذكر أحوال أصحاب المسائل عن الشهود .

٣٤٢ - كان الواجب أن يؤخر هذا الباب إلى الموضع الذي نذكر فيه
الشهود والعدالة والجرح ، لأن ما يصير به الرجل عدلا ، وما يصير به فاسقا
والمجهول الحال والطريق إلى ذلك إنما هو بأصحاب المسائل فينبغي أن يذكر
هناك ، غير أن أصحاب المسائل لما كانوا في حكم أعوان القاضي وأتباعه وحاشيته
وجب ذكرهم في هذا الموضع تبعاً لما ذكرناه في الأعوان .

٣٤٣ - ونذكر هناك كيفية الجرح والتعديل ، وههنا صفة أصحاب
المسائل .

٣٤٤ - قال الطحاوى :

يجب ان يخار القاضى للسؤال عن الشهود الثقات المستورين العقلاء ،
أهل الورع والامانة والصلاح والصيانة ، ومن ليس عنده على من سئله عنهم
علم فلا يزال يسئل عنهم ويستخير عن أمر من يسئل عنه من غير أن يكشفه
ولا يفصحه بسوء ان وقف عليه منه •

٣٤٥ - وان وقف على أنه موضع للشهادة عرف الحاكم الذى سأل به
وقف عليه من أمره الذى يصلح •

قاله (الطحاوى) فى أدب الحكام الصغير له •
وقال الخفاف :

٣٤٦ - قال أبو يوسف : ويجوز فى التزكية سرا تزكية العبد والمرأة
والمحدود فى القذف اذا كانوا عدولا ، لانه خبر وليس بشهادة •
٣٤٧ - وسنذكر فى باب الجرح والتعديل ما قاله هو وغيره فى ذلك
ان شاء الله •

٣٤٨ - وأما أصحاب الشافعي فقالوا^(١) :

« ويتخذ قوما من أصحاب المسائل ليعرف بهم أحوال من جهلت عدالته
من الشهود •

٣٤٩ - وينبغي أن يكونوا عدولا ، براء من الشحناء بينهم وبين الناس
بعداء من المحصية فى تكسب أو مذهب حتى لا يحملهم ذلك على جرح عدل أو
تزكية غير عدل • وأن يكونوا وافرى العقول ليصلوا بوفور عقولهم الى المطلوب
ولا يسترسلوا فيسألوا عدوا أو صديقا •
٣٥٠ - قالوا :

ويجتهد حتى لا يحتالوا فى تعديل الشهود ولا عند (كذا) المشهود عليه

(١) جاء فى أدب القاضى للماوردي (٥٠٥/٢) قال الشافعي : واجب
أن يكون أصحاب مسائله جاقعين للعفاف فى الطعمة والانفس وافرى العقول
بعمدين ، براء من الشحناء بينهم وبين الناس والحييف عليهم أو العيف على
أحد ، وأن لا يكونوا من أهل الاهواء والعصبية والمأظة للناس • الخ •
وفى القاموس مأظته مأظة ومماظله ومماظا شاررته ونازعته •

حتى لا يحتال في جرح الشهود ولا عند (كذا) الشهود حتى لا يحتالوا في تعديل أنفسهم ولا عند (كذا) المسئولين عن الشهود حتى لا يحتال لهم الاعداء في الجرح ولا الاصدقاء في التعديل (١) .

٣٥١ - ويجهد أن لا يعلم أصحاب المسائل بعضهم بعض فيجمعهم الهوى على التواطىء على الجرح أو التعديل .

٣٥٢ - وسنذكر كيفية الحكم بالعدالة والجرح بقول من يثبت من الشهود والجيران .

٣٥٣ - وأذ قد ذكرنا أصحاب المسائل ، ولما كان من أعوان الحكم والحفظه صاحب السجن وجب ذكره .

باب صاحب السجن

وهذا باب ذكر السجن وما يجب ان يكون عليه :

٣٥٤ - اعلم ان هذا باب كان ينبغي أن نذكره عند ذكر ما يقضى به القاضي من العقوبة وهي حبس الخصم .

٣٥٥ - وكان ذكر السجن هناك يجب تبعاً لذكر الحبس ، غير أنه لما كان ذكر السجن مع جماعة الاعوان وجب ذكره هنا .

٣٥٦ - وإذا فعلنا ذلك وجب ذكر الحبس وجوازه في الشرع ليصح أن يكون له حافظا .

٣٥٧ - والاصل في هذا الباب ما ثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم والائمة بعده أنهم حبسوا في الديون وغيرها .

٣٥٨ - ونحن نذكر في هذا الباب ما ذكر فيه :

(١) هكذا وردت العبارة مضطربة والمراد بها كما يظهر عند الموازنة مع عبارة الماوردي في أدب القاضي (٥٠٨/١) أن على صاحب المسائل أن يجهد فلا يسترسل في تعديل الشهود وجرحهم أي لا تركبه الغفلة فيسال عدوا مباينا ولا صديقا مواصلا ، لان العدو يظهر القبيح ويخفي الحسن والصديق يظهر الحسن ويخفي القبيح ، وليعدل الى سؤال من خرج عن الفريقين فلم يعرف بعداوة ولا صداقة ، حتى لا يحتال لهم الاعداء في الجرح ولا الاصدقاء في التعديل .

فمن ذلك ما ذكره الخفاف بإسناد عن الحسن (بن زياد اللؤلؤى) أن
أناسا من اهل الحجاز اقتلوا فقتلوا بينهم قتيلا فبعث اليهم
رسول الله صلى الله عليه وسلم فحبسهم • وذكر عن ••• بن حكيم عن أبيه
عن جده أن رسول الله صلى الله عليه حبس في تهمة • •

٣٥٩ - وعن أبي مخلد انه عليه السلام حبس رجلا من جهينة أعرق
شخصا له في مملوك حتى باع غنيمة له •

٣٦٠ - وعن عمر رحمة الله عليه أنه أتاه رجل بالجافية ؟ فقال :

عبدى وجدته على امرأتى

قال :

- أنظر ما تقول فانك مأخوذ بما تقول

فأعاد الرجل القول

فأمر عمر أبا واقد الليثي^(١) فقال :

(١) أبو واقد الليثي الصحابي : قيل اسمه الحارث بن مالك ، وقيل ابن
عوف ، روى عنه ابنه واقد وعبد الملك وجماعته ، مات سنة ثمان وستين وله
سبعون سنة • وقد وردت القصة في الموطأ فجاء في كتاب الحدود منه :

حدثني مالك عن يحيى بن سعيد عن سليمان بن يسار عن ابي واقد الليثي
ان عمر بن الخطاب اتاه رجل وهو بالشام فذكر له انه وجد مع امرأته رجلا ،
فبعث عمر بن الخطاب ابا واقد الليثي الى امرأته يسألها عن ذلك ، فاتاها
وعندها نسوة حولها ، فذكر لها الذى قال زوجها لعمر بن الخطاب وأخبرها انها
لا تؤاخذ بقوله ، وجعل يلقيها أشباه ذلك لتنزعه^(١) فأبت أن تنزع وتمت على
الاعتراف^(٢) ، فأمر بها عمر فرجمت (ج ٢ ص ١٦٨ ص الموطأ) •

(١) نزعه من مكانه ينزعه قلعه كأننزعه ويده أخرجها من جيبه •• وعن
الامور نزوعا انتهى عنها • القاموس المحيط •

(٢) قوله تمت على الاعتراف أى أصرت واستمرت لهجة حجازية ولم يزل
هذا الاستعمال شائعا في لهجة العامة في العراق حتى يومنا هذا جاء في بيت
من شعر العامة :

تميت أحومي اعل مودك بس أروحن ورد

وابني وصالك واروم من المرافش ورد

خذ بيده فأجبه عندك ، حتى تغدو أنت وهو عليها ، فانظر أحق ما قال
أم باطل فعد إلينا ، وقد حفرت حفيرة •
فقال لها أبو واند :

- أحق أن هذا جاء عليك بأمر ينكر ؟ فإن كان كذبا فلا تصدقيه •
رجاء أن تتوب
فقالت :

- صدق ، لا والله لا أتحملها مرتين •
فأمر بها عمر رضي الله عنه فرجمت •

٣٦١ - وذكر غير الخصاص في كتابه أن عمر رضي الله عنه اشترى دارا
بمكة بأربعة آلاف درهم وجعلها سجنا ، وحبس عمر رضي الله عنه الحطيئة
الشاعر فقال :

ماذا تقول لأفراخ بنى مرخ
حمر^(١) الحواصل لا ماء ولا شجر
ألقيت كأسهم في قمر مظلمة
فأرحم^(٢) عليك سلام الله يا عمر
وحبس آخر فقال :

يا عمر الفاروق طال حبسني ومل مني أخوتي وعروسي
في حد سكر تقريه^(٣) نفسي ألا ترى ضوء شعاع الشمس

٣٦٢ - وروى عن علي عليه السلام أنه لما بنى السجن قال :

ألا تراني كسبا مكسبا بنيت بعد نافع مخسبا

٣٦٣ - وروى عنه أنه حبس في الدين •

(١) كذا في جميع النسخ أيضا ويروى البيت أيضا : زغب الحواصل •

(٢) كذا في جميع النسخ وقيل : فامتن •

(٣) كذا ولعلها تجتويه أي تكرمه ويقال جويت نفسه منه وعنه

(القاموس المحيط) •

٣٦٤ - وقد كان للحسن وشريح والشعبي وابن سيرين وغيرهم من القضاة حبوس ، وهو فعل جميع القضاة والائمة من لدن النبي صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا لا يدفع ذلك دافع ، ولا ينكره منكر ، فصار ذلك اجماعا .
٣٦٥ - ولا يحبس بغير حق يتوجه عليه أو تأديب يراه القاضى واجبا لانه عقوبة .

٣٦٦ - وقد قال أصحابنا :

إذا ثبت الدين على الغريم بينة أو باقرار وطلب الخصم حبسه فان القاضى لا يعجل فى ذلك ويأمره بالدفع^(١) .

٣٦٧ - وان اعاده وطلب حبسه وقد أمتنع من قضائه فعل به ذلك ، وكتب له حبسه فى ديوانه ، وشرح الحال .

٣٦٨ - وقال بعض أصحابنا - وهو اختيار الخفاف - :

الصواب أن لا يحبسه حتى يسأله ألك مال ؟ ويستحلفه على ذلك ، فان أقر أن له مالا حبسه .

٣٦٩ - وقد ذكر الخفاف أن عليا رضى الله عنه كان اذا أتاه الرجل بالرجل فقال :

- اي دين عليه

قال : أله مال ؟ ان كان أخذنا ذلك .

فان قال نعم قد أخفاه

قال : أقم اليينة انه أخفاه ، والا حلف بالله ما أخفاه .

وان قال أحبسه قال : لا أعينك على ظلمه

(فان) قال فانى ألزمه قال ان لزمته كنت له ظالما ، ولا أحول بينك وبينه .

٣٧٠ - وقد روى أن رجلا أتى أبا هريرة بغريم له فقال : أحبسه

فقال أبو هريرة :

- هل تعلم له مالا فأخذه به ؟

(١) لان الحبس جزاء المعاطلة فلا بد من ظهورها (الهداية ٣/ ١٠٤) .

قال : لا

قال : فهل تعلم له عقارا

قال : لا

قال : فما تريد ؟

قال : أحبسه

قال : لا ، ولكن أدعه يطلب لك ولنفسه ولعيله •

٣٧١ - وقال أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد يحبسه حتى يتبين عدمه

ما بين شهرين أو ثلاثة فيما روى محمد بن الحسن •

وفي رواية الحسن بن زياد ما بين أربعة أشهر أو ستة أشهر^(١) ثم يسأل عنه ، فإذا ثبت عدمه بمسئلة الثقات من جيرانه وأهل الخبرة وإذا قالوا ماله مال نعلمه وأنا نعرف عسرتة وضيق معاشه أطلق القاضي سراحه وأخرجه ولم يحل بينهما أن أراد خصمه ملازمته في قول أبي حنيفة وأبي يوسف •

٣٧٢ - ومن أصحابنا من قال يحول بينه وبين ملازمته وهو قول الشافعي

ومالك •

٣٧٣ - وقال أبو حنيفة أنه مؤتمن ؟ فيما يطالب به الا في المهر والكفالة

وكل ما لم يأخذ به مالا فيصير به غنيا وفي المال الظاهر بقاؤه في يده فهو غني حتى يثبت عدمه •

٣٧٤ - وإذا أحضر بينة فشهدت بالعدم قبل المدة المعروفة سمعها القاضي

وأخرجه وفلسه ، ولا تسمع قبل الحبس عند أبي حنيفة •

٣٧٥ - وقال الشافعي يسمع منه البينة قبل الحبس أيضا ، ويفلسه ، ولا

تسمع قبل الحبس عند أبي حنيفة •

(١) انتقد الفقه الحنفي بعد ذلك تقدير مدة الحبس فجاء في مجمع

الانهر في شرح ملتقى الابحر « يحبسه مدة يغلب على ظنه انه لو كان له مال لظهره وهو الصحيح وذلك يختلف باختلاف الشخص والزمان والمكان والمال فلا معنى لتقديره وما جاء من التقدير بشهرين أو ثلاثة أو أربعة أو خمسة أو ستة أو شهر اتفاقي وليس بتقدير حتما (ج ٢ ص ١٥٣) •

٣٧٦ - وإذا حبس وله مال أو عقار فامتنع من قضاء الدين ، قال أبو حنيفة أدعه في الحبس ولا أبيع عليه ولا أحجر •

٣٧٧ - وقال أبو يوسف ومحمد يبيع عليه العقار وجميع أمواله فيقضى دينه ثم يخرج من الحبس ، وهو قول الشافعي ومالك •

٣٧٨ - وإن غاب الطالب وثبت عدم المحبوس أخذ منه كفيلاً وأطلقه القاضي من الحبس عند أبي يوسف •

٣٧٩ - وقال محمد بن الحسن إذا طلب الطالب ملازمة الغريم بعد ثبوت الدين عليه ، وطلب المديون الحبس فللطالب أن يلازمه ولا يحبس ، وقال محمد إن أشكل أمره حبسه وسأل بعد الحبس عنه ، وإن لم يشكّل سأل عاجلاً وأطلقه وفلّسه •

٣٨٠ - قال أصحابنا :

وإذا مرض في الحبس ، فإن كان له من يخدمه في الحبس وهو لا يستضر به لم يخرج ، وإن كان لا خادم له وهو يستضر بالسكون فيه أخرجه وخلى سبيله^(١) لأن الحبس عقوبة فلا تثبت في حال المريض كالتمزيق وإقامة الحد •

٣٨١ - وقال محمد بن الحسن في ملازمة المرأة إذا طلب ذلك الطالب أمره أن يجعل معها امرأة ثقة ولا يمكنه من ملازمتها •

٣٨٢ - وقد قال أصحابنا :

لا يمنعه في الحبس أن يظاً جاريته إن كان الموضع خالياً ، وإن كان فيه غيره يمنعه من ذلك ، ولا يخرج من خارج الحبس ليظاً ، لأن في ذلك فك الحبس •

٣٨٣ - فإذا عرفت هذه الجملة وكان الحبس عقوبة لم يكن بد للقاضي أن يكون له عليه حافظاً فيجب أن يكون السجن أميناً حافظاً ، له يقظة ومعرفة

(١) قيد مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر ذلك بوجوب الكفيل (ج٢

بأحوال المحبسين وأعينهم فيكتب يوم دخول المحبوس اليه وصفه وما أخذ به
ويكون عارفا بكل أحد منهم ، حتى اذا وقع اليه القاضي باطلاق رجل لم يغلط
فيه ولم يخرج سواء ، ويكون صادق اللهجة ليعرف منه أحوال المحبسين
وأمرضهم وماكلهم ومشاربهم ومن يتردد اليهم •

٣٨٤ - وقد قال محمد بن الحسن ان خفت من المحبوس الهرب نقلته الى
حبس اللصوص ، اذا كان ذلك مأمونا عليه ، وان لم أخف لم أنقله اليه •

٣٨٥ - ولا أكلف الطالب السكون معه في الحبس •

٣٨٦ - ويكون للنساء حبس على حدة ، وتكون عليه امرأة حافظة برزة
أمنة عارفة بأحوال النساء وما يحتجن اليه ، كما اعتبرناه في الرجل اذا كان
حافظا •

٣٨٧ - وينبغي أن ينهي السجن كل يوم أحوال المحبسين الى القاضي ،
وما يجزى في الحبس •

٣٨٨ - واذا قد ذكرنا صفة السجن وحافظ الحبس فلنذكر صفة بواب
القاضي •

باب ذكر بواب القاضي

وهذا باب ذكر بواب القاضي •

٣٨٩ - اعلم أن القاضي يجوز أن يتخذ بوابا كما يجوز أن يتخذ حاجبا

٣٩٠ - وينبغي أن يكون البواب شيخا ورعا صالحا متدينا ، له عفة ، وله
كفاية ، ولا يكون فقيرا مقترا شرها يحجب عن القاضي الخصوم ، ويدخل من لا
يريد القاضي ادخاله ، ويمنع من يريد القاضي دخوله ، فهو لمراعاة الاحوال أولى
ولتفقد طرائقه أخرى •

٣٩١ - ويكون رزقه من بيت مال المسلمين بحسب كفايته ، وكذلك سائر
أعوان القاضي حتى لا يأخذ ما لا يجب أخذه ، وهم كالقاضي في ذلك لانهم في
مصالح المسلمين ، فكما لا يجوز للقاضي أن يأخذ من أحد الخصوم شيئا فكذلك
أعوانه •

نقد بواب قاضي القضاة ومحضره

٣٩٢ - وهذه صفات انما ترد في الكتب وتذكر في الالسنه ، فاما أن يكون لهذه الصفات وجود فهذا أمر كالمأبوس منه اليوم ، لان الامر يجرى اليوم في أعوان الحكم على خلاف ذلك ، فقد رأيت بواب شيخنا قاضي القضاة رحمه الله وسائر المحضرين والوكلاء يأخذون الاجر على الاحضار والفتاوى والوكالات ويوافقون على الاجر في المحاكمات .

٣٩٣ - وسنذكر في كتاب الوكالة من هذا الكتاب ما يجوز للوكيل أخذ الاجرة عنه ، وما لا يجوز ، وما يؤخذ من الموكل من الاجرة وما يؤخذ^(١) من الموكل عليه فيطلب هناك لتجده في موضعه ان شاء الله .

باب ذكر الجلواز بين يديه وفي مجلسه

٣٩٤ - اعلم ان الجلواز^(٢) هو الذي يقوم على رأس القاضي ويدعو بين يديه اذا ركب ويقيم الخصوم اذا انتهت الخصومة .

٣٩٥ - وقد ذكر الخصاف أن شريحا كان على رأسه شرطي بيده سوط .

٣٩٦ - وذكر عمرو بن قيس قال :

رأيت رجلا قائما على رأس شريح ، وكان يقول للمخصمين : ايكما المدعي فليتكلم .

٣٩٧ - والجلواز يأخذ الرقاع بين يدي القاضي ويوصلها اليه ، ويحد

(١) ما ورد بعد هذه الكلمة لا ذكر له في النسخة المعتمدة ولم يرد في غير نسخة منيخ .

(٢) في لسان العرب في مادة جلز : الجلواز الثورور وقيل هو الشرطي، وجلوزته خفته بين يدي العامل في ذهابه ومجيئه والجمع الجلوازة . وفي مادة ثار : الثورور الجلواز وقد تقدم في حرف التاء انه الثورور بالتاء من الفارسي .

وفي مادة ثار : ثار اثار اليه النظر أحده والثورور العون يكون مع السلطان بلا رزق وقيل هو الجلواز ، وذهب الفارسي الى انه تفعلول من الائر وهو الدفع .
وانشد ابن السكيت :

تالله لولا خشية الأمير

وخشية الشرطي والثورور

قال : الثورور اتباع الشرط .

الناس عن القاضي اذا جلس للقضاء حتى لا يسمع أحد ما جرى للخصوم .
 ٣٩٨ - وان كان الجلواز ثقة فلا بأس أن يقف يسمع ، وبعده أولى ، لأن الخصوم تكون في أمور ربما كانت شنيعة بين الرجال والنساء أو مضحكة فلا يؤمن أن يؤدي ذلك الى ما يكره .

٣٩٩ - وقد شاهدت قاضيا^(١) على باب دار الخلافة العظيمة يقضي في دهليز باب النوبة ، والخصوم قيام بين يديه ، وأهـ سوان الشرطة والعامـ والهدهاد^(٢) يسمعون ما يجرى ويستمعون على ذلك كما يجتمع العوام على حلق المشعوذين والمساخرة ، ولا ينكر القاضي على أحد (و) منذ ثلاثين سنة وفوقها وشيخنا قاضي القضاء رحمه الله يبلغه ذلك من أعوانه على الحكم ودقيق ما يجرى فلا ينكر ذلك على خليفته ولا غيره حتى صار ذلك شرعا مألوفاً يعتقد أن غيره لا يجوز .

جلواز قاضي القضاة

٤٠٠ - وكان له جلواز يمشي بين يديه ، ويدعو في الاسواق والطرق اذا ركب فيقول :

- اللهم احرس سيدنا ، السيد الاجل الامام الاوحد قاضي القضاة ، وأدم له ظل الموافق الشريفة .
 ويذكر ما يجرى هذا المجرى .

الركابية

٤٠١ - وبين يديه الركابية يقولون :

بروه بروه بروه^(٣) ! ويباعدون ويدفعون الناس عن الطريق يمينا وشمالا .
 ٤٠٢ - والذي قاله الفقهاء في كثرتهم غير الذي شاهدناه من جميع هذه الاحوال كلها ، ولعل القانون تغير !

(١) في نسخة منيخ : (لا قاض واحد) .

(٢) في القاموس المحيط ان الهدهاد هو صاحب مسائل القاضي .

(٣) بروه كلمة فارسية معناها ابتعد وانهب وانصرف .

٤٠٣ - واذ قد ذكرنا حكم الاتباع وسائر ما فى هذه الابواب ، وجب ذكر ما يبدأ به •

باب ما يبدأ به من النظر بعد الولاية والجلوس

النظر فى أمر المحبوسين

٤٠٤ - قال اصحابنا :

ويستحب للقاضى ان يبدأ بالنظر فى أمر المحبوسين وعددهم وفيما حبسوا والاوقات التي حبسوا فيها ، والاسباب التي من أجلها حبسوا ، فان الحبس عقوبة ، ولعل فى الحبس من لا يجب حبسه ، أو من قد توجه على القاضى اخراجه من الحبس •

٤٠٥ - ويسأل كل محبوس عن ذنبه ، وما حبس لأجله لانه لا يجب على الثانى أن يصدق الاول ولا السجن يعرف ما عندهم •

٤٠٦ - ويتقدم بالنداء فى البلد بأن القاضى يريد النظر فى المسجونين ، فمن كان له على رجل حق أو فى حبسه فليحضر الى القاضى فى الوقت الفلانى فيجمع بينهم وبين خصومهم •

٤٠٧ - فان ذكروا ما يجب به الحبس حبسهم ان طلب ذلك من له حق الحبس منه ، وان لم يطلب لم يحبس •

٤٠٨ - وان انكروا ان يكونوا حبسوا بأمر يلزمهم الكشف^(١) عن كل واحد مع خصمه ولتعاد دعواه عليه ، فان اقر له بما يوجب الحبس حبس ، وان انكر ذلك طلب البينة العادلة •

٤٠٩ - فان قامت بينة عليه أمره بالخروج مما شهدوا به ، وان لم يخرج منه أعلم الخصم ما ثبت ، فان طلب الحبس منه حبسه واعاده الى الحبس •

(١) وردت فى نسخة قليج محرقة على النحو الآتى : يلزمهم الكشف •

- ٤١٠ - وان عدم المدعى عليه اليقة أو كانت غير أنها لم ترك عنده اطلق
المحبوس من الحبس واخذ منه كفيلا بنفسه .
- ٤١١ - ان عدلت اليقة أو صدق الخصم او قامت بينة سواها عادلة رده الى
الحبس ، ان طلب الخصم ذلك (١) .
- ٤١٢ - فاذا لم يحضر للمحبوس خصم وقال انه حبس بغير حق ، وماله
خصم فان القاضى ينادى اياما : من كان له على فلان بن فلان حق فليحضر ليحكم
بينهما .
- ٤١٣ - فان لم يحضر احد يتأني في اطلاقه ولا يعجل لعل الخصم غائب
عنه ، ثم يأخذ منه كفيلا بنفسه ثم يطلقه .
- ٤١٤ - فان اقر المحبوس انه اقر لرجل بمال ذكره وذكر للرجل بينة
فحبسنى احضره القاضى فان عرفه او عرفه الشهود ، أو قال المقر هذا هو ، وقد
احضرت ماله عندى فقل له يأخذه ويخرجنى من الحبس ، اخذ الرجل ماله .
- ٤١٥ - ثم ينظر القاضى هل له خصم سواء ، فان لم يجد له خصما أطلقه .
- ٤١٦ - وان لم يقف على حقيقة الحال اخذ منه كفيلا واطلقه ، وان اراد
المقر له اخراجه من الحبس بغير اخذ مال بل رفقا به تأني في ذلك خوفا ان
يكون محبوسا لغيره ثم يطلقه بعد أخذ الكفيل .
- ٤١٧ - وان كان لا يعرف القاضى الطالب ولا يعرفه الشهود ، وقال
المطلوب لهذا الرجل حبست ، وهذا ماله على ، فان القاضى يأمره بدفع المال الى
الطالب ، ولا يطلقه ، لجواز أن تكون حيلة من المحبوس ، ولكنه ينادى عليه اياما
ثم يطلقه .
- ٤١٨ - فان قال المحبوس لا كفيل لي أو لا يجب على ذلك لاني قد دفعت
ما على فمن اصحابنا من قال : يتأني القاضى في ذلك نحو من شهر بعد النداء
ثم يطلقه ، ومنهم من قال هذا على حسب ما يراه القاضى ، ويشهد له الظاهر
ويراه مصلحة من غير حد .

(١) الى هنا تنتهى عبارة نسخة منيخ .

٤١٩ - فان قال المحبوس :

انما حبسنى لانى اقررت بالزنا لاربعة مرات وانا محصن أو غير محصن أو
أقررت بشرب الخمر ليقم على الحد فان القاضى يستأنف الامر فى ذلك ويجعل
كأنه حضر الان ، فاذا اقر بالزنا أربع مرات على ما يعتبر فى المرات من خلاف
اصحابنا فمنهم من يقول أربع مجالس من مجالس القاضى ، ومنهم من قال أربع
مجالس من مجالس المقر ، يذهب ويجىء فيقر على ما سنذكره فى كتاب الحدود
ان شاء الله من اعتبار الأربع عندنا . وعند الشافعى ، ونذكر حكم الاقرار
والشهادة على الحدود ان شاء الله ، فانه يقيم الحد عندنا فى الزنا .

٤٢٠ - أما الشرب فلا يقيم الا ان يكون ريحها يوجد منه فى الاقرار
والشهادة ، وان كان قديما (لم) يأخذه به ، ويكون ذلك حدا لكل ، قذف
تقدم ذلك .

٤٢١ - فان أقر المحبوس بقطع طرف رجل عمدا ، أو حضر المقر له وطلب
القصاص (اقتصر) .

٤٢٢ - وكل حق يقر به المحبوس لغيره وهو حق صحيح عند القاضى
يلزمه الحكم والخروج اليه وابتغائه منه فان القاضى الثانى يستوفيه منه ويأخذه به

٤٢٣ - ولو أقر بما لا يجب به عنده ضمان ولا عقوبة ولا قود ولا دية
بان يكون مذهبه بخلاف مذهب الاول فى ذلك لم يأخذه به ، الا أن يكون الاول
قد قضى فيه ، وهو مما لا ينقض حكمه به لانه غير مخالف للاصول التى يجب
رده اذا خالفها .

٤٢٤ - وسنذكر ذلك فى الباب الذى ينقض فيه قضاء القاضى اذا قضى
به ان شاء الله .

فصل

النظر في أمر الوقوف

٤٢٥ - فإذا فرغ من أمر المحسين وقبض الديوان وما ذكرناه ، نظر بعد ذلك في أمر الوقوف •

٤٢٦ - وينبغي للقاضي بعد ذلك ان يأمر مناديه فينادى على بابه :
الآن القاضي يقول لمن كان يتولى شيئاً من أموال الوقوف والأيتام والودائع والامناء من قبل القاضي فلان الميت أو المزعول على مال صغير أو كبير محجور عليه أو غائب أو غير ذلك مما ينظر فيه القاضي فليتوجه اليها ، ولا يقصر أحد فيما أمر به من الحضور في البلد وليحضر ولا يتأخر الا لمن له عذر ، وبلغ الشاهد الغائب •

٤٢٧ - فإذا حضروا عنده نظر في احوالهم ، وصحح ما بأيديهم ، فمن أحب ان يقره على نظره اقره ، وان رأى صرفه صرفه •

٤٢٨ - والمستحب له ان يجرى فيهم بسنة الاول ان كان حسن السيرة وأن لا يستبدل بهم ان كانوا نقاة ، بل يجزيهم على ما هم عليه •

فصل

قبول قول القاضي المزعول

٤٢٩ - ويقبل قول القاضي المزعول ، ومن تحت يده المال فيما يقر به ويصرفه الى الوجه الذي يذكره القاضي ان كان تحت يده وان كان في يد غيره اعتبر تصديق ذلك الغير •

٤٣٠ - وإذا قال الامين دفعته الى القاضي المزعول ولا اعلم لمن هو ، فان القاضي الثاني يقبل قول الاول المزعول في المال ويسلمه الى من قال •

٤٣١ - وهذا حكم الاموال والعقارات والعروض كلها لان هذا كله فى يد القاضى اذا اقر الامين انه هو الذى سلمه اليه .

فصل

اختلاف المعزول والذي بيده المال

٤٣٢ - قال اصحابنا :

اذا اختلف المعزول والذي بيده المال فقال المعزول هو لفلان ، وقال الامين بل هو لفلان ، انسان آخر ، فالقول قول الامين الذى فى يده المال ، لانه فى يده (و) ليس فى يد القاضى فلا يقبل قوله ، وقيل قول الامين لا يقبل . . وهذا اذا انكر الامين دفع القاضى اليه .

٤٣٣ - وان قال : دفعه القاضى وقال لى أنه لفلان ، وقال القاضى بل هو لانسان آخر ، فالقول قول القاضى ، ومن فى يده المال بمنزلة الشاهد .

فصل

٤٣٤ - وان كان المال فى يد الامين ، فقال الامين ما فى يدي لفلان بن فلان دفعه الى القاضى ، وقال انه له ، فقال القاضى بل هو لفلان لانسان آخر ، فان الامين يدفع المال الى الذى اقر له به ، ويفرم مثل ذلك للمذى ذكره له القاضى لانه اعترف بأنه اخذه من القاضى فعليه رده اليه ، لانه سلمه اليه بقوله واقراه انه له .

فصل

٤٣٥ - واذا قال القاضى المعزول : عند فلان عشرة الاف درهم لابن فلان اليتيم من ابيه فهى لليتيم اذا لم يدع ذلك باقى الورثة .

٤٣٦ - وان كذب باقى الورثة القاضى المعزول فالمال بينهم ، ولا يقبل قول القاضى ولا الامين على الورثة .

٤٣٧ - وكذلك الضياع والعروض .

٤٣٨ - ويستحلف الورثة لليتيم على ما يجب عليهم ، ولا نعرف فى ذلك خلافا .

٤٣٩ - ولو كان القاضى المعزول اشهد على نفسه فى صك مكتوب انه قسم المال بين الورثة وهذا حصة اليتيم والكتاب موجود فان هذا حكم على الورثة ، وكان المال لليتيم .

٤٤٠ - وان كان القاضى قال هذا المال لليتيم ولم يقل انه حصة من الميراث فهو لليتيم ، وليس لباقى الورثة من ذلك شئ ولا خصومة بينهم وبين القاضى ، ولهم خصومة اليتيم بعد البلوغ .

فصل

٤٤١ - ولو قال القاضى المعزول :

ثبت عندى بشهادة الشهود ان فلانا وقف الضيعة المعروفة بكذا على جهة كذا وانى حكمت بذلك وجعلتها وقفا على يد فلان لينفق دخلها على سبيلها ، وصدقه الامين وورثة الموقف امضى القاضى الثانى اقرار الورثة .
٤٤٢ - وكذلك ان قامت بينة على حكم المعزول بذلك .

٤٤٣ - وان جحد الورثة ذلك ولا بينة استحلفوا على ذلك وردت فى الميراث .

٤٤٤ - وان قال القاضى : هذه هى صدقة ووقف وصدقه الامين ولم يزد على ذلك فهمي على ما قال ولا يكلف المعزول التفسير .

محاسبة الأمانة

- ٤٤٥ - وإذا حوسب الأمانة على ما فى أيديهم من أموال اليتامى ، فمن كان القاضى أقامه قبل قوله فيما يقبل فيه قول الوصى •
- ٤٤٦ - ومن لم يقمه القاضى وصيا ، وانما جعله قima فى الضيعة وقابضا وان ينفق على اليتيم فى كل شهر كذا قبل قوله فيما يدعى من النفقة على الضيعة اذا كان مثل ذلك ينفق فى المدة ، وفيما صار فى يده من (الأثمار) والأثمان •
- ٤٤٧ - وان اتهم أحد منهم استحلفه على ما نرى •

ادعاء الأمين الأجر

- ٤٤٨ - قال أصحابنا :
ولا يقبل قول الأمين ان القاضى المعزول فرض له أجرا على ذلك الا بينة (تشهد) أن المعزول فرض له ذلك •
- ٤٤٩ - وان كان قد أخذ من ذلك شيئا رده على اليتيم •
- ٤٥٠ - واذا لم يكن للأمين بينة على أن المعزول أقامه وصيا وقima لم يقبل قولهم ولزمهم رد ما ادعوا اتفاقه فى العمارة وغيرها من المال •

فصل

- ٤٥١ - قال أصحابنا :
واذا أقر أحد الأمانة أن الضيعة التى فى يده لليتيم ، وان فى يده من دخلها كذا ولم يقل بمت ولا أنفقت شيئا ، فالقول قوله فيما أقر به ، وللقاضى المولى اختلافه ان رأى ذلك •

فصل

- ٤٥٢ - قال أصحابنا :

واذا قال القاضى المولى أدوا حساب جميع ما جرى فى أيديكم سنة سنة ،
لجميع الامناء أو لبعضهم فقالوا قد حاسبنا القاضى المعزول الى وقت كذا وأبرأنا
وأتوا على ذلك بينة قبل ذلك منهم وحاسبهم على ذلك فى المستقبل •

فصل

٤٥٣ - وان قالوا نخشى أن نقر لك فيلزمنا اقرارنا ، ولا بينة لنا على ما فعل
القاضى معنا وفعلنا والذي بأيدينا انما هو كذا وكذا لم يكن للقاضى أن يحملهم على
الافرار ، وينظر فى هذا بما هو الاصلح ، فمن كان معروفا بالامانة قبل قوله ،
وان كان مدغلا^(١) طالبه بالتفسير^(٢) •

٤٥٤ - وله أن يستحلف الامين منهم على ما يرى •

٤٥٥ - قال الخصاف :

والقياس فى الامناء واحد : أن يقبل قولهم على ما فى أيديهم مع الايمان ،
وذاك ان من فى يده شيء فالقول قوله فيه •

فصل

٤٥٦ - وهذا حكم الامناء والقاضى اذا كان معزولا واذا كان ميتا ، فيستل
القاضى فى الامناء والمحبسين وقبض الديوان على ما ذكرناه على سواء ، الا فيما
تحت يد الميت من المال فانه يحتاج الى اقرار الورثة أو شهادة الشهود ، ولا يقبل
قول أمين ولا وصى أنه كذلك بغير بينة تشهد له ، لان الاصل عدم ذلك •
٤٥٧ - واذا أقام بينه على الوصية والامانة فان كان عدلا قويا أقره على

(١) الدغل محركة : دخل فى الامر مفسد ، والشجر الكثير المتلف ،
ومدغل كمحبس ذو دغل وادغل غاب فيه وبه خانه وامتاله ووشى به ، وفى الامر
ادخل ما يفسده ، والداغلة الحقد المكتتم ، والقوم يلتمسون عيبك وخيانتك
ودغل فيه كمنع دخل دخول المريب والدغال الدواهي بلا واحد وغلط فيه الجوهري
فقال الدواغل ، والدغيلة كسفينة الدغل • القاموس المحيط • مادة دغل •
(٢) رجع السمناني فى هذا الى ادب القاضى للخصاف •

الوصية ، وإن كان فاسقا لم يقره على الوصية ، عند الشافعي ، لان الوصية ولاية والفاسق ليس من أهل الولاية •

٤٥٨ - وعند أصحابنا يقر على الوصية اذا تاب ويصح ، كما يقر على الوكالة ، وكما يقر على التصرف في مال نفسه •

٤٥٩ - فان كان عدلا ضعيفا لا يقوم بها ضم اليه غيره ليتقوى به ، وهذا قولنا ، وقول الشافعي في الذي لا يضطلع بما وصي به •

٤٦٠ - قال الشافعي :

واذا أنفذ القاضي الوصية لم يستل عن عدالته لان الظاهر أن القاضي الاول لم ينفذ الا وهو عدل •

٤٦١ - وهذا قولنا أيضا •

٤٦٢ - فان كان وصيا في تفرقة ثلثة ، فان كان لم يفرقه فالحكم في اقراره على الوجه الذي ذكرناه •
وان كان قد فرق الثلث :

فان كان عدلا لم يلزمه شيء بالانفاق وان كان فاسقا فان كانت الوصية لمعين لم يلزمه شيء لانه دفع الموصى به الى مستحقه وان كان لغير معين لم يلزم لانه دفع الى مستحقه كما لو كانت لمعين •

٤٦٣ - وهذا قولنا وهو أجد الوجهين لأصحاب الشافعي ، والوجه الآخر لهم أنه يغرم ما فرقه ، قالوا لانه فرق ما لم يكن له تفريقه كما لو فرق ما لم يسند اليه ، وهذا لا يصح ، لان ما لم يسند اليه يلزمه الغرم في الوكالة فيلزمه في الوصية وما فوق الا ما جمل اليه •

في الضوال

٤٦٤ - ثم ينظر بعد ذلك في أمر الضوال ، ومال من ليس بحاضر ، لانه لا حافظ من الناس ، فعليه حفظه والقيام به ، فهذا حكم هذه الاموال والنظر فيها •
٤٦٥ - وأما أحكام الخصوم والنظر في الدعاوى فقد أخرجنا ذلك الى المواضع

التي تستدعيها والمسائل والكتبه وهناك نذكر كيفية أخذ الرقاع^(١) وتقديم بعض الخصوم على بعض وترتيب القاضي والخصوم والشهود والولاء لان ذكره في موضعه أليق ، وان كان الطحاوي والخصاف وغيرهما قد ذكروا هذه الابواب المؤخرة في أوائل كتبهم ، ولم يرتبوا الكلام فيها على ما رتبناه نحن .

٤٦٦ - واذا قد ذكرنا ما يتبدأ به من النظر وكان له ان ينظر في ذلك بنفسه ، وله ان ينظر في ذلك بغيره وجب ذكر أحوال النيابة عنه .

باب النيابة في القضاء

٤٦٧ - وهذا باب يذكر فيه حالة النيابة عنه وما قيل في ذلك .

٤٦٨ - اعلم ان أصحابنا قالوا لا يجوز أن يستخلف رجلا يحكم بين الناس ، الا أن يكون الامام الذي ولاء قد جعل اليه ذلك ونص عليه فيجوز ذلك وان نها ، لم يجز له أن يستخلف أحدا .

٤٦٩ - وهو عندنا بين أن يطلق القول ولا يقيد به وبين أن يسكت عن ذكر النيابة ، في أنه لا يجوز له أن يستيب لانه نائب عنه فيتبع أمره ونهيه .

٤٧٠ - وقال أصحاب الشافعي : اذا لم يأذن له وله ينهه نظرت فان كان ما قلده يقدر أن ينظر فيه بنفسه وفيه وجهان أحدهما وهو قول أبي سعيد الاصطخري أنه يجوز أن يستخلف لانه ينظر في المصالح فجاز أن ينظر بنفسه وبغيره .

والثاني قالوا وهو المذهب أنه لا يجوز له ، لان الذي ولاء لم يرض بنظر غيره .

(١) الرقاع جمع رقعة اي عريضة الدعوى وصكوك الدين جاء في لسان العرب الرقعة واحدة الرقاع التي تكتب .

(٢) في مجمع الأنهر (لا يستخلف قاض) على القضاء ولا ينفذ قضاء خليفته ولو مريضا ، وقال الطحاوي انه نافذ فلا يبطله حاكم اعتبارا بالحكم (ج ١ ص ١٦٠ منه) ومن هنا يفهم ان في المذهب الحنفي قولاً متأخراً اجاز النيابة .

٤٧١ - وان كان ما ولاء لا يقدر أن ينظر فيه بنفسه لكثرة جاز أن يستخلف فيما لا يقدر عليه لان تقليده لما لا يقدر عليه بنفسه اذن له في الاستخلاف فيما لا يقدر عليه ، كما أن وكيل الوكيل فيما لا يقدر عليه بنفسه اذن له في استنابة غيره .

٤٧٢ - وهل له ان يستخلف فيما يقدر عليه أن ينظر فيه بنفسه ؟ ففيه وجهان : احدهما ان له ذلك لانه من جاز ان يستخلف في البعض جاز ان يستخلف في الجميع كالامام . والثاني لا يجوز ، لانه لما أجاز له ان يستخلف فيما لا يقدر عليه للعجز فوجب ان يكون مقصورا على ما عجز عنه .

تقييد القاضي بسماع الأدلة والبيانات

٤٧٣- قال أصحابنا :

ولو استخلف رجلا ففضى بين الناس لم يجز قضاؤه ، وان رفع الى غيره أبطله ، ولا ينفذ ذلك بحال ، وان كان الخليفة قد أمره أن يسمع من الخصوم ويثبتوا عنده البينة والاقرار^(١) ولا يقطع حكما فذلك على ما جعله لا يتجاوز ، ثم يرفعه الى القاضي فيكون هو الحاكم بما يصح عنده من ذلك .

٤٧٤- وللقاضى أن يفعل مثل ذلك اذا جعل اليه الاستخلاف .

٤٧٥ - وقد كان شيخنا قاضى القضاة رحمه الله لا يجعل الى القضاة سماع بينة ولا حكم ويطالعونه بما يثبت ثم يتقدم بفصل الحكم اليهم أو بالشهادة عنده (فيما)^(٢) جرى ، وكذلك قضاة السواد ، وكان يفعل معهم ذلك وكان يشهد

(١) فى المخطوطة المعتمدة ويثبت الاقرار .

(٢) زيادة يقتضيها سياق الكلام .

عند خلفاءه بالاستفاضة وعند المعدلين ثم يتقدم بفصل الحكم اليهم أو الشهادة عنده
بما جرى ثم يتوسط الحال على الخصوم .

٤٧٦- قال أصحابنا :

وان كان الشهود عند خليفته قد غابوا أو ماتوا ، فأعلمه خليفته بحالهم
لم يقبل ذلك ، ولم يحكم حتى يعيدوا الشهادة إذا لم يجعل لهم بت الحكم .
٤٧٧- وكذلك الاقرار اذا غاب المدعى عليه أو جحد الاقرار لم يقبل من
خليفته انه أقر عنده الا أن يأتي معه من يشهد بذلك فيقبل القاضي ذلك على
سبيل الشهادة .

شروط الاستخلاف

٤٧٨- وإذا جعل الامام له أن يستخلف في القضاء فله أن يستخلف
كل من يجوز للامام أن يستقصيه ، ولا يجوز له أن يستخلف في القضاء من
لايجوز أن يكون قاضيا .

٤٧٩- وقد ذكر ابن الاصبغ^(١) في شروطه وكان صاحباً لابي الحسن
الكرخي رحمه الله انه لايجوز له أن يولى ابنه القضاء ، وقال غيره ولا من
لايجوز شهادته له ، وجعل ذلك كالوكيل لايجوز أن يبيع بمطلق الوكالة من
ابنه ولا أبيه ولا من لايجوز شهادته له عند أبي حنيفة .

٤٨٠- وقال الطحاوي في ادب الحكام الصغير له : « وله ان يستعمل
أباه وإخاه وجميع ذوى أرحامه ، اذا كانوا عنده ثقة فيما أسنده اليهم ، ويحتاج
في جميع من يستعمله ممن يكون أحوط عليه وأعود بصلاحه فيما حمله
واكتسبه من الثواب وسلمه من التبعات في الدنيا والآخرة » .

٤٨١- وقال الشافعي :

« وله ان أراد أن يستخلف في عمله والده أو ولده جاز ، لانهما يجريان

(١) في نسخة منيخ : الاصبغ .

مجرى نفسه ، ثم يجوز أن يحكم فى أعماله فجاز أن يستخلفهم فى الحكم فى ذلك ، •

٤٨٢ - قال :

وإذا فوض الامام الى رجل أن يختار قاضيا لم يجز أن يختار والده ولا ولده لانه لايجوز له أن يختار نفسه •

وهذا قولنا أيضا فى الاختيار •

٤٨٣- وان صير له الامام أن يختار ولده أو والده جاز ذلك بالاتفاق •

٤٨٤- واذ قد ذكرنا جواز النيابة عنه فهل يجوز أن يقف الحكم على اجازته أم لا ؟

باب وقوف الحكم على اجازته

٤٨٥- اعلم ان أصحابنا قالوا :

يجوز أن يقف الحكم على اجازة حاكم البلد اذا كان حكم الحاكم به لاينفذ ، فقالوا لو أن الخليفة لم يجعل الى القاضى أن يستخلف فاستخلف رجلا فحكم لم يجز ذلك الحكم ، فان أجازة القاضى وانفذه جاز اذا كان الحاكم به ، ممن لو كان حاكما نفذ حكمه ، وان كان ممن لايجوز حكمه لم يجز بأجازته وكان باطلا وجعلوا ذلك كسائر العقود الموقوفة على الاجازة •

العقد الموقوف

٤٨٦ - وقالوا : كل عقد لو تقدم عليه الاذن نفذ اذا تأخر عنه الاذن انعقد موقوفا على من له حق العقد •

٤٨٧- فجعل القضاء مثل ذلك ، واعتبروا صفة الحاكم كما اعتبروا صفة العاقد أن يكون من أهل العقد والمعقود له من أهل العقد والمحل قابلا للعقد •

٤٨٨- وقال الشافعي : لاينعقد شيء من العقود موقوفا على الاجازة ، وازاجر أن ينعقد الاذن موقوفا على العقد ، فاذا وجد العقد لزم ، وازاجر أن يقف

الايجاب على القبول والوصية على القبول بعد الموت ، وجوز لزوم البيع على المجلس ومدة الخيار ، واوقف احكاما كثيرة على الصلح من المدعين .

٤٨٩- وسنذكر في النكاح والموت ما قال من ذلك ان شاء الله .

٤٩٠- واذا قد ذكرنا جواز ولاية القاضي ، وما يصح به وما لايجوز له ان يستخلف فيه ، وجب أن يذكر ما يبطل ولايته .

تنصرف القاضي بعد الفسق

باب ما يبطل ولاية القاضي والإمام

٤٩١- اعلم ان القاضي يتصرف بأذن الامام كما يتصرف الوكيل بأذن الموكل ، فله أن يبطل ولايته فيما ولاه ، وهذا قول أصحابنا ان للإمام عزل القاضي عن القضاء كما للموكل عزل الوكيل .

٤٩٢- وقال أصحاب الشافعي :

ليس للإمام أن يعزل (القاضي) عن القضاء ، ولا يعزل بعزله ، وانما يعزل اذا فسق وخرج عن الصفة التي يصلح أن يكون قاضيا .

٤٩٣- وقال الفريقان : اذا فسق بطلت ولايته بالفسق ، وكذلك الامام تبطل امامته (١) .

٤٩٤- وقال القدوري رحمه الله في خلافه ان من أصحابنا من قال : تنصرف القاضي بعد الفسق جائز حتى يخرج به الامام من القضاء ، حكاه عن بعض أصحابنا .

(١) من هذا يتبين ان قواعد الدستور الاسلامي مبنية لا على المصلحة وحدها ولكن على مكارم الاخلاق ايضا ولذا كان الفسق سببا لبطلان الامامة والقضاء .

بطلان الولاية بطرؤ العمى

نقد القول بصحة تصرف القاضي بعد فسقه

٤٩٥- ولو جاز أن يبقى مع الفسق على القضاء لجاز أن يولي الفاسق ابتداء مع العلم بفسقه وقد اجمعوا على أنه لا يجوز أن يولي فاسق لا يؤمن فعله ولا قوله ولا حكمه وإذا لم تجز شهادة الشاهد مع الفسق فكيف يجوز حكم الحاكم مع الفسق؟

٤٩٦- وتبطل ولاية الامام والقاضي اذا عمى لانه لا يصح له معرفة ما يحتاج الى نظره فهو كزوال العقل .

٤٩٧- وهذا قول أبي حنيفة ومحمد في الشهادة أيضا انه تبطل شهادته

اذا عمى .

٤٩٨- ومن أجاز شهادة الاعمى يلزمه جواز قضائه وان يكون لا يبطل

قضائه ، وهذا قول شريح والشعبي والزهرى والقاسم بن محمد ويحيى بن سعد ، وهو قول أبي يوسف وابن أبي ليلى في الشهادة .

٤٩٩- وبطل ولاية الجميع زوال العقل لانه يمنع التكليف، فيمنع الولاية .

بطلان الولاية بالنسيان

٥٠٠- وكذلك يبطل ولايته نسيانه العلم على قول من جعل ذلك شرطا

في الصحة .

ردة القاضي والإمام

٥٠١- وتبطل ولاية القاضي والامام اذا ارتدا عن الدين لان ردتها توجب

زوال ملكهما عن مالهما ويحل دهما .

عزل نفسه

٥٠٢- وتبطل ولايته اذا عزل نفسه هو عن القضاء وكذلك الامام ، كما

تبطل الوكالة اذا عزل الوكيل .

بطلان ولايته باستحقاق رقبته

٥٠٣- وتبطل ولايته باستحقاق رقبته لغيره لأن المملوك لا يملك الولاية وإن ملك ، وليس من حيث جاز أن يكون العبد وكيلًا يجوز أن يكون قاضيًا ، لأن الكافر يجوز أن يكون وكيلًا ولا يجوز أن يكون قاضيًا .
وسندكر في الشهادات حكم شهادة العبد إن شاء الله .

سقوط ولاية الإمام بأسره

٥٠٤- وإذا أسر الإمام وحصل في دار الحرب وتعذر على الناس الوصول إلى أذنه جاز لهم نصب غيره ، وسقط عنهم حكم ولايته .
٥٠٥- وقد بينا ما يتفق فيه الإمام والقاضي ويفترقان من الصفات فسي باب متقدم فلا معنى لذكره ههنا .

طرؤ الخرس

٥٠٦- وتبطل ولايته بالخرس الذي لا يتبقى معه كلام ، ولا يقضى بالإشارة ومن أجاز شهادة الآخرس يلزمه جواز قضاءه .

القاعدة فيما يطرؤ على القاضي من الأحوال

٥٠٧- واتفق أصحابنا أن كل صفة لو كان عليها لم يصح أن يتولى الحكم إذا صار إليها يبطل حكمه فيما يستقبل .
٥٠٨- وكذلك الشهادة وهذا كالجنون والخرس وزوال العقل والفسق .
٥٠٩- واختلفوا في العمى فأجاز أبو يوسف في الشهادة ماشهده وهو بصير أن يشهد به وهو أعمى ، أو حملة غيره الشهادة وهو كذلك أنه يجوز له أن يشهد شاهد الفرع بها وهو أعمى .

موت الشاهد والقاضي

- ٥١٠- واتفقوا على أنه اذا مات لا تبطل شهادته التي شهد بها ، وكذلك حكمه الذي حكم به .
- ٥١١- وقد ذكرنا حكم موت القاضي فلنذكر ما يترتب عليه .

باب موت القاضي

وهذا باب موت القاضي والإمام

- ٥١٢- اعلم ان أصحابنا قالوا :
اذا مات الخليفة أو خلع ، وله قضاة قد ولاهم ، فأنهم على ما كانوا عليه نافذة أحكامهم ماضية قضايهم ، لان القضاة قوام المسلمين واعوان الدين ، وهو عقد ماض على المسلمين فلا يبطل بموت من عقده ، كما ان الامامة لا تبطل بموت أهل الحل والعقد .
- فحكم القاضي في الولاية حكم أهل الحل والعقد . وكما لا تبطل ولاية الامام بموت من ولاه فكذلك لا تبطل ولاية القاضي اذا مات من ولاه ، وكذلك قاضي القضاة اذا مات لا تبطل ولاية قضائه بموته ، كما لا تبطل ولايته بموت الخليفة الذي ولاه .
- ٥١٣- ولا اعرف في هذا خلافا بين العلماء لان العلماء على قولين : منهم من قال ليس للخليفة أن يعزله بعد ولايته بقوله ، ومنهم من قال له ذلك وهم أصحابنا .

وفي الموت نصوا على أنه لا تبطل ولايته .

- ٥١٤- وسمعت شيخنا قاضي القضاة رحمه الله يقول :
- في الناس من يقول تبطل ولايته بموت الخليفة ، . ولم أر ذلك في كتاب فأحكيه وليس من حيث بطلت الوكالة بموت الموكل ينبغي أن تبطل

ولاية القاضي ، لان الوكالة ان بطلت بالموت لانها مستفادة بالأذن ، فالوصية تصبح بعد الموت بالأذن ، والقضاء بالوصية أشبه منه بالوكالة .
٥١٥- واذا قد ذكرنا موت القاضي فلنذكر حكم العزل له .

باب عزل القاضي وخلع الإمام

وهذا باب عزل القاضي وخلع الامام .
٥١٦- اعلم ان حكم قضاة الامام بعد خلعه حكمهم بعد موته نافذة احكامهم جائزة قضايهم .

متى يخلع الإمام

٥١٧- والامام انما يخلع اذا ارتكب من الامور مالا يجوز أن يتدىء له معه ولاية ، ولانه نائب عن المسلمين ، يستوفي ماوجب لهم من الحقوق ويوفيهم مايجب لهم ، ويستوفي منهم مايجب استيفاؤه لله تعالى ، فهو الامين ، والذائد عن الدين ، فاذا جار واعدى وتمررد واحتوى على الاموال وجب على أهل الدين وعلى المسلمين خلعه ومنعه والاستبدال به ، وبهذا جرت عادة المسلمين فيمن خرج عن الطريقة ولم يستقم بهم في السيرة .

متى يمتنع خلع الإمام

٥١٨- ولا يجوز خلعه بغير ذنب ، ولا الاستبدال به من غير جرم لانه الحافظ الامين ، فالخروج عليه بغير سبب كالمخالفة للرسول صلى الله عليه وسلم والخروج عليه .

الفرق بين عزل القاضي وعزل الإمام

٥١٩- فان قيل : قد قلتم ان للامام عزل القاضي من غير سبب يوجب العزل،

فقولوا للامة نصب امام من غير سبب وعزل الاول ، قيل ان القضاء يقع مخصوصا بين الناس ، ويجوز أن يقضى بين الفين واهل بلدة ، فاذا خربت أو انتقل اهلها لم يجز قضاؤه على غيرهم ، وكذلك اذا مات الخصمان الذان على الامام الحكم بينهما لم يجز له أن يقضى على غيرهما ، فكان مقصورا على الاذن .
والامامة بخلاف ذلك لا تخصص بالتخصيص والبقاع ، ولا يجوز ان يشترك امامان فى النظر فى الامة فهذا فرق ما بينهما .

أقضية القاضي قبل عزله

٥٢٠- واذا عزل الامام القاضي فأحكامه نافذة وقضاياه ماضية ، حتى يصله كتاب العزل وشهادة الرسول بذلك ، فحينئذ لا ينفذ له حكم فى المستقبل .

تصرفات الوكيل قبل العزل

٥٢١- وكذلك قال أصحابنا فى الوكيل هو على وكالته وتصرفه جائز الى أن يرد عزله اليه أو يشافهه بذلك الموكل .

متى يعزل الوكيل نفسه

٥٢٢- وكذلك الوكيل ليس له عزل نفسه بغير علم الموكل .
٥٢٣- وقد خالفنا الشافعي فى الفصلين جميعا وقال لكل واحد منهما أن يعزل هذا العزل الوكيل ، والوكيل يعزل نفسه ، وقال فى عزل القاضي بخلاف ذلك أنه لا يملك الامام عزله .

فصل

ما يدعى على القاضي بعد العزل

٥٢٤- واذا قد ذكرنا جواز عزل القاضي ، وجب أن نذكر ما يدعى عليه بعد العزل .

٥٢٥- قال أصحابنا :

وإذا ادعى رجل على القاضى المعزول انه قتل ابنه وهو قاض ، أو اخذ ماله ، أو أرضه ، أو مافي يده ، أو شيئا ذكره من العقود والطلاق والعناق ، وانك فعلت بى ذلك ظلما وتعديا فقال القاضى :

قامت عليك البينة عندي بما فعلت ، أو اقررت بذلك لمن حكمت له بما حكمت ، فالقول قول القاضى المعزول ، ولا يمين عليه فى ذلك كائنا ما كان ذلك ، ولا تقبل بينة يقيمها على ذلك .

٥٢٦- ولو قال الطالب للمعزول :

- ما أقر ابني عندك ، ولا قامت عليه بينة انه فعل ما يجب به القود ، وحضر الرجل الذى ذكر المعزول انه قضى له بالقود والحق وكذب القاضى فى ذلك ، وقال لم يقر لي عندك ، ولا قامت بينة بذلك ، فالقول قول المعزول فى ذلك ، ولا يسئل عليه اذا كان المدعى يقر أنه فعل ذلك وهو قاض .

٥٢٧- وكذلك سائر الحقوق اذا كانت مستهلكة ليست بقائمة .

٥٢٨- وان كانت دارا أو عقارا فقال المدعى :

- اخرج هذا القاضى من يدى هذا الشيء ودفعه الى هذا ظلما فقال القاضى : كانت عليك بينة أو اقرار فلا شيء على القاضى فى ذلك .

٥٢٩- وأما ما هو فى يده فان صدق القاضى أنه حكم له بهذا الشيء لم يقبل قوله ، ولا قول المعزول ودفع الى الطالب ، الا أن يقدم بينة انه قضى به « هو قاض » .

٥٣٠- وهذا حكم كل شيء قائم فى الحال .

٥٣١- وان قال الذى فى يده الشيء :

هذا لى ، وما حكم به هذا أبدا لى ، فالقول قول من فى يديه الشيء ، ولا يقبل قول الخصم ولا القاضى فى ذلك .
ولا ضمان على القاضى لانه يقول حكمت بالحق اللازم ، فلا شيء عليه .

- ٥٣٢- وكل موضع اعترف الذى فى يديه الشيء انه اخذه بالحكم فإنه
يرد على الطالب إلا ان يقيم بنية على الحكم •
- ٥٣٣- وان كان الشيء مستهلكا فالقول قول الذى هلك فى يديه ، وقول
القاضى المعزول ، ولا ضمان على واحد منهما •
- ٥٣٤- وانما لم يقبل اقرار القاضى بعد العزل لانه لا يملك انشاء الحكم
بذلك فلا يملك الاقرار اذا كان قائما ، وليس عن أصحابنا نص أن يكون فى
ذلك بمنزلة الشاهد ، الا ما حكيناه فى خليفته الذى لم يجعل له استخلافه ،
انه لا يقبل منه الا أن يأتي معه من يشهد بذلك ، فيقبل قوله مثله ؟
- ٥٣٥- واختلف أصحاب الشافعي فى ذلك :
- هل يكون بمنزلة الشاهد ؟ على وجهين :
- أحدهما يكون بمنزلة الشاهد ، لانه ليس فيه أكثر من أن يشهد على فعل
نفسه ، وهذا لا يوجب رد شهادته ، كما اذا قالت المرأة : ارضعت هذا الفتى ،
وهذا قول الاصطخري •
- والثاني أنه لا يكون شاهدا فيه لان شهادته لنفسه بالحكم تثبت له العدالة
وهذا ينبغي أن يكون قولنا •

فصل

كتب المعزول تصل بعد العزل

- ٥٣٦- وما كتبه قبل العزل من الكتب الحكيمة فوصل الى المكتوب اليه بعد
العزل ، لم يقبله ، ولم يحكم به ، وهو بمنزلة الكاتب اذا مات لم تقبل كتابته •
- ٥٣٧- وقال الشافعي تقبل ، كما تقبل اذا مات •

فصل

التظلم من القاضى المعزول

- ٥٣٨- واذا تظلم من المعزول متظلم ، وسأل القاضى المولى احضاره لم

يحضره حتى يسأله عما بينهما ، لانه ربما تقصد أن يقدمه ليحلف من غير حق .
٥٣٩- وان قال :

لي عليه مال من معاملة أو غصب أو اتلاف أو رشوة اخذها مني على حكمه
أحضره ، وهذا أيضا قولنا في الدعوى عليه .
٥٤٠- قالوا :

وان قال : حكم على رجل بشهادة عيدين أو فاسقين ففيه وجهان : أحدهما
انه يحضره كما يحضره اذا ادعى عليه مالا ، والثاني لا يحضره حتى يقيم عليه
بينة بما يدعيه ، لانه لا تتعذر اقامة البينة .
٥٤١- فان احضره فقال :

فا حكمت عليه الا بشهادة حريين مسلمين فالقول قوله لانه أمين ، ولا يمين
عليه عندنا ، وقال بعض أصحاب الشافعي عليه اليمين كالمودع اذا ادعى عليه
بجناية .

فصل

الادعاء على القاضي بالجور في الحكم

٥٤٢- واذا ادعى عليه أنه حكم بجور نظرت في ذلك : فان كان مما يسوغ
فيه الاجتهاد أمضاه ، وان كان لايسوغ فيه الاجتهاد ابطله ، كما يبطل حكم
نفسه اذا رده الاجماع .

٥٤٣- وهذا قول الشافعي أيضا في هذا الفصل .

فصل

الادعاء بأن القاضي أخطأ في حكمه

٥٤٤- واذا ادعى عليه الخطأ في حكمه فهو يترتب على خطأ القاضي اذا
كان قاضيا قبل المنزل .

(٥) ما بين قوسين من نسخة منيخ .

٥٤٥- وخطأ القاضي على وجهين :

أولهما^(١) ما هو من حقوق الله تعالى كالحدود فهو في بيت المال •
والثاني حق العباد فذلك راجع على من حكم له به ، يغرم ذلك المقتضى له ، ولا شيء على القاضي فيه كالقتل والمال إذا لم يقدر على رده بعينه غرم المثل أو القيمة أو الدية ، فان كان قائما بعينه رده على صاحبه ، وهذا بأن يتبين ان الشهود ذمة أو محدودون في نذف أو عييد ، وترد المرأة الى زوجها والعبد^(٢) يرد الى الرق والمال الى صاحبه ، ولا غرم على القاضي لانه تعلق على الحكم الظاهر وما كلف بعلم الغيب •

فصل

إقرار القاضي المعزول بتعمد الجور

٥٤٦- وإذا أقر المعزول انه فعل ذلك عمدا ، وانه جار وقضى بما لا يلزم لزمه ذلك في ماله ، وزالت عدالته •

٥٤٧- ويعزل ان كان واليا ويؤدب مع الضمان وان كان معزولا •
هذا قول أصحابنا جميعا •

٥٤٨- وقد قال أصحابنا اذا أقر القاضي انه حكم لهذا الرجل بجور وباطل سقطت عدالته بأقراره ، وعزل عن القضاء ، وغرم ذلك الحق ولا ينقض قضاؤه ، ولا يصدق على نقض ما قضى ولا فرق بين أن يكون معزولا أو قال ذلك وهو قاض •

٥٤٩- وكذلك قالوا : لا يقبل قول الشهود انهم شهدوا بباطل اذا كان الحكم قد نفذ ومضى •
وسنذكر في الشهادات من ذلك ما يجب •

(١) في المخطوطة المعتمدة : منهما وما ذكرناه من نسخة قليج •

(٢) كذا سياق الكلام • وفي النسخة المعتمدة : المرأة •

٥٥٠- واذا قد ذكرنا حكم الولاية والعزل فلنذكر حكم معاملة القاضي .

باب معاملة القاضي

وهذا باب معاملة القاضي للناس في ماله ومال من يلي عليه :

٥٥١- قال الطحاوي رحمه الله في أدب الحكام :

الحاكم أجبر المسلمين^(١) فلا ينبغي له أن يتشاغل بمتجر يقطعه عن النظر في أمورهم ، فإن نظر في متجر أو صنعة من غير أن ينقطع بذلك عما أسند إليه جاز .

٥٥٢- قال أصحابنا :

- ولا يكره له الشراء والبيع بنفسه لان النبي عليه السلام باع واشترى ، وكذلك الائمة الاربعة باعوا واشتروا ، وفعلهم حجة واتباعهم سنة .

٥٥٣- وقال الشافعي : يكره له البيع والشراء بنفسه .

٥٥٤- وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم عن طريق ابى الاسود الدؤلى^(٢)

(١) يلاحظ ان الفقه الاسلامي يصدر عن اعتبار المسلمين أو الجماعة «مجموعا» يمارس الخليفة ونوابه جميع سلطاتهم بالنيابة عنه ويمثلون لهذه الكتلة المتراصة باليد استنادا الى حديث المسلمون تتكافؤ دماؤهم . . . وهم يد على من سواهم ، وفي قول الفقه ان الحاكم أجبر تأييد للمبدأ المذكور الذي يرى أن «الجماعة» هي صاحبة السلطان والحكم أجرا ينبون عن الجماعة فيما يضطلعون بالقيام به من الاعمال ولقد كان اعتبار الامة مصدرا للسلطة ومن في أيديهم مقاليد الحكم أجرا لها ، ونوابا عنها ، من الافكار السائدة في تاريخ الفكر الاسلامي ، وعن هذا التصوير صدر المعرى في نقله امراء نصرته في قوله : مل المقام فكم أعاشر أمة أمرت بغير صلاحها أمراؤها ظلموا الرعية واستجازوا كيدها وعدوا مصالحها وهم أجراؤها

(١) ترجم له في ديوان الحماسة لابي تمام حبيب بن اوس الطائي شرح العلامة التبريزي (ج ٤ ص ١٢٧) وقد جاء في الترجمة ان اسمه ظالم بن عمرو ابن سفيان أحد بني الدليل بن بكر بن عبد مناة ، وكان أبو الاسود مزوجوه التابعين وفقهائهم ومحدثيهم ، روى عن أكابر الصحابة رضى الله عنهم واستعمله علي (ر) على البصرة بعد ابن عباس (ر) وكان من وجوه شيعته ، وكذلك استعمله

أنه قال : (ماعدل وال اتجر في رعيته أبدا) •

٥٥٥- وذكر عن شريح أنه قال :

شرط على عمر رحمه الله حين ولاني القضاء أن لا أبيع ولا ابتاع ولا
أرثي ولا أقضي وأنا غضبان •
ولانه يحابي •

٥٥٦- فان احتاج الى ذلك وكل وكيلا ينوب عنه ، ولا يكون معروفا ،
فان عرف استبدل به من لا يعرف ، فان لم يجد تولى بنفسه ، لانه لا بد له منه •
٥٥٧- فاذا وقعت لمن يبايعه حكومة^(١) استخلف من يحكم بينه وبين
خصمه لانه لا يؤمن أن يميل معه •

٥٥٨- ولو كان ماقالوه يقوى عند الله ويلزمه بين الناس لما كان اولى بأن
يفعل ذلك الا ائمة العدل ، والعدالة والامانة يمتنان الميل وهما رأس مال القاضي
فاذا لم يوجد لم يصح القضاء ، ولو كره ذلك للقاضي لكره للشاهد ، ولمنع قول
الشهادة ، وهذا لا يجوز •

وقد قال تعالى : (الا أن تكون تجارة عن تراض منكم) •

فصل

الإشراف على كتابه وأصحاب مسائله

٥٥٩- وينبغي للقاضي أن يشرف على كتابه وأصحاب مسائله وأمنائه ،

عمر وعثمان (ر) وكان هو الاصل في بناء النحو وعقد أصوله برأى من على (ر) ومن
أظرف ما ترجم له ترجمة للجاحظ نقلها التبريزي المذكور في شرحه هذا جاء فيها
كان أبو الاسود معدودا في طبقات من الناس وهو فيها كلها مقدم ومأثور عنه
الفضل في جميعها ، كان معدودا في التابعين والفقهاء والمحدثين والشعراء والاشراف
والفرسان والامراء والدهاة والنحويين والحاضري الجواب والشيعة والبخلاء
والصلح الاشراف ! كان بينه وبين عدي بن حاتم الطائي مهاجرة وملاحاة ما كان
ينبغي لمثلهما على جلالتهماء وعلو شأنهما ان يقعا فيها • وروى له أبو تمام في
حماسته بيتين شبيب فيهما بعجوز كبرد يمانى تقادم عهده ولم تبلى جدة رقعتيه
في العين واليد •

(١) حكومة ههنا بمعنى خصومة وفي لسان العرب : أصل الحكومة رد
الرجل عن الظلم • وقد حكم عليه بالامر يحكم حكما وحكومة • وحكمه في الامر
فاحتكم جاز فيه حكمه والاسم الا حكومة والحكومة •

ويتفقد أمورهم ، ويجوز له أن يحاسب بنفسه الامناء والاوصياء ، ويقصد في أمر الرزق على من يستعمله على مال يتيم أو وقف .

٥٦٠- وما كان من مال يتيم في يد وصيه ، وهو أمين عليه قيم به فأمره اليه .

٥٦١- وإن لم يكن له وصي اختار له وصيا من قرابته ممن يوثق به ، فإن لم يكن فمن الحيران ، فإن لم يكن في الحيران من يصلح لذلك فمن غيرهم فيجعله وصيا ، ويفرض له رزقا ويشهد له بذلك ويصير كالوصي ، يجوز له مايجوز للوصي .

٥٦٢- وإن لم يجعله وصيا بل حافظا لماله ولدخله ونفقته وخرجه لم يجز له الا ما جعله اليه من ذلك .

فصل

إقراض أموال الأيتام بشرط قيام المقرض بمؤونة الصبي

٥٦٣- وللقاضي أن يقرض أموال الأيتام على الثقات ويكتب عليهم بذلك فهو أحوط من الودائع وآمن العواقب .

٥٦٤- ويتفقد احوال من يقرضه ذلك في كل مدة فإن وقف على تغير حال أبدل به سواء من الموسرين من الثقات لانه قد يصير معسرا بعد اليسار .
٥٦٥- ويفعل في ذلك مايرى انه أحوط واصح للتيم .

٥٦٦- وقد رأينا شيخنا قاضي القضاة رحمه الله يودع ذلك عند الامناء ويجرى على الأيتام وينبع عليهم حتى يأكلوا ذلك .

٥٦٧- وربما اعطى في بعض الاحوال من يتجر للصبي .

٥٦٨- وكان في بعضها يكتب المال على من يسلمه اليه ويكلفه مؤنة الصبي من عنده وهذا أحوط اذا كان المدفوع اليه ثقة .

٥٦٩- وقد روى عن النبي (ص) انه قال اسعوا في أموال اليتامي لا تأكلها النفقة ، ودفعت عائشة رضي الله عنها مال أيتام الى مولاها اسلم تجارة .

فصل

تعيين أيام للقضاء

٥٧٠- وللقاضي أن يخص نفسه بزمان يصرفه في مصالحه وحوائجه والنظر في أهله وخلوته ، ويعين للقضاء يوما يكون قد صرف اليه وسعه ويحضر فيه الناس ويمرفونه به ، فيقصد في ذلك اليوم وليس عليه صرف زمانه اجمع الى القضاء .

قضاء الرباع^(١)

٥٧١- وكل ربع له قاض يقضى فيه ، وعلى بابيه من يقضى في الفرض والدين .

يوم مجلس الدامغاني

٥٧٢- وكان شيخنا قاضي القضاء رحمه الله يوم مجلسه الثلاثاء فيحضره الشهود والوكلاء والخصوم ويستغرق اليوم جميعه في المحاضر والسجلات وقراءة الكتب ، فلما صارت شهوده من التجار والمتعشين في البيع والشراء جعل مجلسه في يوم السبت .

٥٧٣- وكان يجلس طرفي النهار فيدخل عليه الناس ، وربما وصل الدرس ، وأكثر الاحوال لا يصله لاسيما بعد توليه القضاء .

تعليقه الخلاف على الدامغاني

٥٧٤- وما عرفت أحدا من جماعة اصحابه علق عليه تعليقه كاملة من أول الفقه الى آخره لا في الخلاف ولا في المذهب ، وقد علق كل انسان غير ماعلق الآخر ، ولعله اذا جمع يكمل الخلاف ، وما أظنه يكمل لاحد من الناس .

فصل

عيادة القاضي المريض... إلخ

٥٧٥- قال أصحابنا وللقاضي أن يعود المريض ويشهد الجنازة ، ويجب الى الدعوة العامة والخاصة اذا كان ممن جرت عادته به .

(١) في لسان العرب : ربع بالمكان يربع ربعا اطمأن والربع المنزل والدار بعينها والموصى متى كان وبأى مكان كان ، وهو مشتق من ذلك وجمعه اربع ورباع وربوع وأرباع . . . وربع القوم محلتهم والربع جماعة الناس . ويستفاد من عبارة السمناني ان المحلات الكبيرة كان عليها قضاة يقضون في القرض والدين . وان بغداد كانت تقسم الى رباع قضائية على باب كل ربع قاض .

قبول الهدية

- ٥٧٦- وقال الشافعي ان كانت له عادة بأن يهدي اليه من ذوى رحم أو مودة ، فان كانت له حاجة فى الحال لم يقبل الهدية ، وان لم تكن له حاجة نظر : فان كان ما اهدى له أزيد مما جرت به العادة أو ارفع لم يجز له قبولها لان الزيادة بالولاية ، وان كانت مثل الاول جاز له قبولها •
- ٥٧٧- (و) قال بعض اصحابه : الاولى أن لا يقبل (اذ) يجوز ان تكون له حكومة منتظرة فى المستقبل •

حضوره الولائم

- ٥٧٨- قالوا : ويجوز أن يحضر الولائم لان وليمة غير العرس تستحب الاجابة اليها •
- ٥٧٩- قالوا : وفي وليمة العرس وجهان : احدهما أنها فرض على الاعيان والثاني فرض على الكفاية ، ولا يخص بعضهم بالاجابة دون بعض لان فى ذلك ميلا وترك العدل •
- ٥٨٠- فان كثرت عليه وقطعت عن الحكم ترك الحضور فى حق الجميع لان الاجابة أما أن تكون سنة أو فرضا على الكفاية أو فرضا على الاعيان ، وذلك كله لا يضر بالمسلمين تركه ، وترك القضاء يضر بالمسلمين فكان تقديم القضاء أولى •

- ٥٨١- وسنذكر فى ابواب المدعى من يجوز له أن يعدى عليه ومن لا يجوز ومن يجوز أن يقضى له ومن لا يجوز ، وما يحله قضاؤه لغيره وما لا يحله قضاؤه وحكم القضاء له وعليه ، وعلى من يتعلق به من الناس ، فهذه الابواب يقع الكلام فيها فى القاضى ، وما يتعلق به من المسائل والشروط •

- ٥٨٢- واما الكلام فى المقضى له وهو المدعى عليه وما يتعلق به من الابواب والفصول فأول ذلك :

ذكر المدعي والصفة التي يكون عليها

٥٨٣- اعلم ان النبي صلى الله عليه وسلم قال :

البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه^(١) .

٥٨٤- وهذا كلام : يجب أن يعرف من المدعى ليعمل بينته ، والمدعى

عليه ليعمل على يمينه .

٥٨٥- والذي قاله شيخنا قاضي القضاة رحمه الله في شرح كتاب الدعوى

من مختصر الحاكم مما علقناه عنه ودرسناه عليه فذكر الدعوى وذكر بعدها

المدعى ، وهذا أصح ، لأن المدعى من له دعوى^(٢) ، فقال :

تعريف الدعوى

٥٨٦- الدعوى عبارة عن قول يقصد به اثبات شيء عار عن برهان .

ومتى كان فيها حجة أو برهان لم تكن^(٣) دعوى .

٥٨٧- ولهذا لا يقال للنبي^(٤) انه مدع بعد قيام المعجز على ما قاله ، ولا لمن

استدل بذلك على قوله أنه مدع . ويقال لمن ليس له حجة مدع .

هذا حده في اللغة .

٥٨٨- واختلف أصحابنا فيه هل يعتبر بالشرع أم لا ؟

(١) ورد هذا الحديث في كتاب الآثار لأبي يوسف في الرقم ٧٣٨ وأخذ به محمد بن الحسن الشيباني وهو قول أبي حنيفة .

(٢) ادعى كذا زعم أن له حقا أو باطلا ، والاسم الدعوة والدعاوة ويكسران ، القاموس المحيط .

(٣) في نسخة مينخ : لم تكن له .

(٤) في نسخة مينخ : للنبي صلى الله عليه وسلم . وهذا وهم من الناسخ لأن قصد المؤلف مطلق النبي .

- ٥٨٩- فكان أبو سعيد البردعي^(١) يقول هو على ما كان لم يتغير .
- ٥٩٠- وقال غيره قد تغير ونقل الى شيء دون شيء .
- ٥٩١- وقد كانت في شرع من تقدم أيضا كذلك .
- ٥٩٢- روى عن قتادة في قوله (تعالى) : وآتينا الحكم وفصل الخطاب .
- قال : البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه^(٢) .
- وقال الحسن البصري رحمه الله «فصل الخطاب»^(٣) طلب العلم بالقضاء .
- وقال شريح : الشهود والايمان .
- ٥٩٣- وروى الخفاف عن مجاهد في قوله (تعالى) « يؤتى الحكمة من يشاء»^(٤) ، قال : ليست النبوة ولكنه العلم والقرآن والفقه .
- ٥٩٤- وذكر عن عمر بن عبدالعزيز (أنه) قال :
خمس اذا اخطأ القاضي فیهن خصلة كانت فيه وصمة :

(١) هو أحمد بن الحسين القاضي أبو سعيد البردعي أخذ عن اسماعيل بن حماد بن أبي حنيفة عن أبيه عن جده ، وأخذ عن أبي علي الدقاق عن موسى بن نصير الرازي عن محمد عن أبي حنيفة . وتفقه عليه أبو الحسن الكرخي (عبدالله) وأبو طاهر الدباس وأبو عمر الطبري ، وقتل في واقعة القرامطة مع الحجاج سنة سبع عشرة وثلاثمائة (الفوائد البهية ، ص ١٩-٢٠) وبرذع بكسر الباء وسكون الراء المهملة وفتح الدال المهملة في اخره عين مهملة بلدة من أقصى بلاد اذربيجان . كذا ضبطه عبد القادر في الجواهر المضيئة .

(٢) جاء في سبيل السلام للصنعاني (١٣٢/٤) في صدد حديث : البينة على المدعي واليمين على من انكر : « والحديث دال على انه لا يقبل قول أحد فيما يدعيه لمجرد دعواه ، بل يحتاج الى البينة أو تصديق المدعي عليه ، فان طلب يمين المدعي عليه فله ذلك ، وإلى هذا ذهب سلف الأمة وخلفها . قال العلماء : والحكمة في كون البينة على المدعي ان جانب المدعي ضعيف لانه يدعي خلاف الظاهر ، فكلف الحجة القوية وهي البينة ، فيقوى بها ضعف المدعي ، وجانب المدعي عليه قوي ، لان الاصل فراغ ذمته ، فاكفى منه باليمين ، وهي حجة ضعيفة » .

(٣) في نسخة مينخ بعد هذه العبارة : (قال البينة على المدعي فصل الخطاب) . والصحيح ما أثبتناه من النسخة المعتمدة وفي نسخة مينخ اضطراب في هذا الصدد .

- أن يكون فهيمًا .
- وأن يكون عفيفًا .
- وأن يكون صابرا .
- وأن يكون عادلا .
- سؤولا عن العلم^(١) .

فصل

٥٩٥- واختلف أصحابنا في^(٢) المدعى من هو ؟

٥٩٦- فقال الكرخي رحمه الله :

هو الذى يقصد بدعواه اثبات حق على الغير في يده أو في ذمته^(٣) ، والمدعى عليه من لا توجد هذه الصفة فيه .

٥٩٧- واعترض عليه بأن من في يديه الشيء اذا ادعاه على الخارج^(٤) أنه اشتراه منه فهو مدع ، ولا يقصد ما قال .

٥٩٨- ومن أصحابنا من قال المدعى هو الذى يقصد أمرا خفيا ليزيل به أمرا جليا^(٥) .

٥٩٩- ومنهم من قال :

المدعى هو الذى يدعى أمرا حادثا ، والمدعى عليه من يتمسك بالظاهر ،

(١) في نسخة مينخ : وان يكون علما مسؤولا .

(٢) في نسخة مينخ : عن .

(٣) من هذا يستفاد ان الحقوق في الفقه الاسلامي تقسم الى حق في العين وحق في الذمة (العين والدين) .

(٤) الخرج ههنا يقابل فى مصطلح المرافعات المدنية الشخص الثالث .

(٥) عبارة : « ليزيل به أمرا جليا » من نسختي مينخ وقليج ، أما النسخة المعتمدة فمضطربة ، فقد ورد فيها بدلا من ذلك « ليس يلزم أم جليا » .

والزم عليه مسألة الشك .

٦٠٠- ومنهم من قال :

المدعى هو الذى فى قوله نعم وبلى وايش والمدعى عليه من فى قوله لا ولم وما

٦٠١- ومنهم من قال :

المدعى هو الذى اذا ترك ترك والمدعى عليه اذا ترك لم يترك .

٦٠٢- ومنهم من قال :

المدعى هو الذى (يقول)^(١) ما يضر به الغير وينفع به نفسه والمدعى عليه من يقول ما ينفع به نفسه وان لم يضر به غيره .

٦٠٣- وقال محمد فى كتاب الدعوى :

المدعى هو الطالب .

والمدعى عليه هو المنكر .

٦٠٤- وكل هذه الوجوه ذكرها رحمه الله وعليها كلام حذفه .

شرط الصفة (المصلحة)

٦٠٥- وينبغى أن يكون المدعى عاقلا على صفة يصح معها قوله ، وتسمع دعواه ، ولا فرق فى المدعى بين الحر والعبد ، والذكر والانثى ، والبالغ والصبي المأذون له ، والطالب لنفسه أو لغيره ، اذا كان له ولاية على الغير أو قد اذن له فى ذلك مما تجوز فيه النيابة .

٦٠٦- واذا قد ذكرنا صفة المدعى فينبغى أن نذكر جواز العدوى بقوله :

(١) من نسختى قليج ومينخ .

جواز العدوى بقول المدعي^(١)

٦٠٧ - اتفق اصحابنا على جواز العدوى بقول المدعي قبل أن يعلم انه محق أو مبطل^(٢) اذا كان المدعي عليه في المصر •

٦٠٨ - قال ابو يوسف : على هذا ادركنا الناس ، وكان ابن ابي ليلى يفعل ولا ينكره ابو حنيفة ولا يعيبه •

٦٠٩ - وهو قول الشافعي ايضا واصحابه •

٦١٠ - وقد رأيت شيخنا قاضي القضاة رحمه الله اذا جاء أحد يستعدى على بعض الكبار رأسله وقال له :

- أما ان ترضى خصمك أو تحضر مجلس الحكم وكان ربما انفد الى كل واحد بوكيله على باب الحكم •

وكان لا يعجل بالاستدعاء ، وهو فعل لا يبعد عن الصواب ، وله وجه •

٦١١ - وقال الطحاوى فى أدبه :

- اذا استعدى على رجل قال له :

من هو ؟

فاذا قال : فلان •

قال له :

- ادعه الى

فان قال : دعوته فلم يجب

قال :

(١) جاء في أساس البلاغة للزمخشري :

- استعديت عليه الامير فاعداني ، ولى قبله عدوى ، أى استعداد •
وفي القاموس المحيط فى مادة عدا :

- اعدى الامر جاوز غيره اليه ، وزيداً عليه نصره وإعانه وقواه ، واستعداه استغاثه واستنصره •

(٢) فى نسخة مينسخ أو باطل والصواب ما اثبتناه كما
فى نسخة قليب •

• سادفغ اليه طابعا^(١) « حينئذ ، وإن شاء الله احلفه انه امتنع وهو قادر على المجيء » •

٦١٢ - فاذا دفع اليه طابعا^(١) فان قال لا يحضر بهذا الطابع فلان فلو نادينه بشاهدين يشهدان على امتناعه ، كان ذلك صوابا •

٦١٣ - وقد روى الخفاف في جواز العدوى بقول الخصم اخبارا منها ان رجلا من ارائش (كذا) قدم مكة بابل وقباعها من ابي جهل فمطله وظلمه فقام في المسجد فقال :

- يا معشر قريش ! أتى رجل غريب ابن سبييل ، واني بعت ابلا من ابي جهل فمطلني وظلمني ، فمن رجل يعديني عليه فيأخذ لي بحقي ؟

قال ، ورسول الله صلى الله عليه وسلم في المجلس جالس ، فقالوا :

ذلك الرجل يعديك عليه ، فانطلق اليه فذكر له ذلك فقام معه •

وبعث قريش في أثرها رجلا ، وانما فعلوا ذلك استهزاء لما قد علموا بين النبي صلى الله عليه وسلم وبين ابي جهل من العداوة •

قال فأتى الباب فضربه ، فقيل من هذا ؟

فقال محمد :

فخرج أبو جهل وما في وجهه رائحة^(٣) من النعر •

فقال :

- اعط هذا حقه •

قال :

(١) في القاموس المحيط في مادة الطبع : طبع عليه كمنع ختم ، والطبع المثال والصيغة والختم ، وهو التأثير في العين ونحوه ، والطابع وتكسر الباء ميسم الفرائض ، وهذا طبعان الامير بالضم طينه الذي يختم به •

(٢) هذه الزيادة من نسخة مينخ وقليج •

(٣) كذا وفي نسختي مينخ وقليج : رائحة •

نعم ، فدخل فخرج حقه واعطاه اياه فجاء الرسول فأخبرهم ، وجاء الرجل فوقف عليهم فقال :

- جزاء الله خيرا فقد أخذ لى بحقى .
- قل فلم ينصرفوا^(١) ان جاء أبو جهل فقالوا :
- ويلك ما صنعت ؟!
- فقال :

• والله ما هو ان ضرب على الباب .
فقال محمد فذهب قوامي^(٢) فخرجت اليه واذا معه فحل ما رأيت مثل هامته وانابه لفحل قط ان كاد ليأكلني لو امتعت ، فوا الله ما ملكت نفسى ان أعطيت حقه .

٦١٤- وهذا الخبر قد دل على جواز العدوى بقول الخصم ، لانه قبل عليه السلام قوله في ذلك ، ودل على أن الفحل الذى معه وما لحق ابا جهل منه معجزة له صلى الله عليه اذ مثل ذلك لا يكون الا لنبي والشاهد له بذلك مثل ابي جهل الذى لو قدر على غير ذلك لفعل .

٦١٥- وقد تقدم حديث عمر رضى الله عنه وانفاذه الى زوجة الذى قال له انه وجد معها عبده بأبى واقد^(٣) .

٦١٦- وقد روى في ذلك اخبار (كثيرة) وهو فعل الحكام اليوم في البلاد .

٦١٧- ورأيت في بلد الرجة في باب الجامع مسمارا عليه ختم القاضى ، فاذا اراد احد احضار خصمه قصد باب الجامع وطبع عليه الشمع ، وحمل خصمه الى القاضى ، ولا يجسر أحد على رد الخاتم ، وفيه منفعة كثيرة للضعيف وهية على القوى ، ولا أعلم من سن ذلك من القضاة ، ولا سمعت في ذلك شيئا فأحكيه .

٦١٨- وذكر الخصاص انه كان على خاتم سعيد بن اشوع الهمداني قاضى الكوفة : اجب (القاضى) سعيد بن اشوع .

(١) في نسختي مينخ و قليج : فلم يتفرقوا .

(٢) كذا وفي نسخة قليج : قدامى .

(٣) انظر ترجمته فى الرقم ٣٦٠ ص ١٢٧ .

٦١٩ - واذا قد ذكرنا جواز العدوى بقوله فالى أى موضع يعدى عليه
القاضى •

باب الموضع الذي يعدى عليه

وهذا باب الموضع الذى يعدى القاضى على الخصوم :

٦٢٠ - اتفق اصحابنا وأصحاب الشافعى على انه يعدى على الخصم اذا كان فى المصر أو خارجا عن المصر فى موضع يمكن الرجوع اليه ، وان بيت المدعى عليه فيه فى بقية يومه ، فأما اذا كان خارجا عن المصر ، بعيدا لا يقدر على الرجوع فى يومه الى بيته ومنزله لم يحضره حتى يقيم البينة عليه بالحق ، ويكتب الى الوالى باحضاره ، ولا يعطيه خاتما لانه يصعب على من خارج المصر الشهود على رد الخاتم^(١) ، وفى الحاضر لا يصعب ذلك •

٦٢١ - وقد قال اصحاب الشافعى فى الغائب انه لا يحضره حتى يحقق الحق ، غير انهم قالوا ان كان الغائب فى موضع فيه حاكم كتب اليه لينظر بينهما ، وان لم يكن من ينظر بينهما يحضره حتى يحقق الدعوى كما يقول ، قالوا لانه يجوز أن يكون ما يدعيه عنده لا يستحق احضاره كتمن الكلب وقيمة الخمر للنصارى^(٢) •

» لانه يشق عليه الحضور لما لا يجب عليه ، وليس هذا كالحاضر فانه لا يشق عليه الحضور • قالوا فاذا حقق الدعوى على الغائب احضره لان ابا بكر رضى الله عنه كتب الى المهاجر بن أمية^(٣) ان ابعت الى بقیس بن المكشوح واحلفه

(١) فى نسخة منيخ : الخاتم •

(٢) ما بعد هذه الكلمة من نسختى منيخ وقلبيح •

(٣) جاء فى اسد الغابة (٤/٤٢٢-٤٢٣) انه المهاجر بن أمية بن المغيرة ابن عبد الله بن عمر بن مخزوم القرشي المخزومي أخو أم سلمة زوج النبي (ص) لأبيها وأمها ، كان اسمه الوليد فكرهه رسول الله (ص) وسماه المهاجر ، وارسل رسول الله (ص) المهاجر الى الحارث بن عبد كلال الحميري باليمن ، وتخلف عن

- على قبر رسول الله صلى الله عليه وسلم خمسين يمينا انه ما قتل داودية (كذا) .
 لانه لو لم يلزمه الحضور ادى ذلك الى ابطال حقه .
 ٦٢٢ - واذا قد بينا الموضع يحضر منه في البلد وخارجه فلنذكر كيفيه
 احضار الخصم^(١) .

باب كيفية إحضار الخصم إلى القاضي

- ٦٢٣ - وينبغي للقاضي اذا أراد احضار خصم أن يدعو به بأرفق الوجوه ،
 وأجمل الأقوال ، لانه يدعو الى حكم الله ودينه .
 ٦٢٤ - وعلى المدعى عليه الاجابة الى ذلك ، ولا يسعه التأخير .

دليل القاعدة

٦٢٥ - قال الله تعالى :

« واذا دعا الى الله ورسوله ليحكم بينهم اذا فريق منهم معرضون ، وان
 يكن لهم الحق يأتوا اليه مذعنين ، في قلوبهم مرض ، أم ارتابوا ، أم يخافون
 أن يحيف^(١) الله عليهم ورسوله ، بل أولئك هم الظالمون ، انما كان قول المؤمنين

رسول الله (ص) بتبوك فرجع رسول الله (ص) وهو عاتب عليه فشفت فيه أخته
 أم سلمة فقبل شفاعتها ، فاحضرته فاعتذر الى النبي ، فرضى عليه ، واستعمله
 رسول الله على صدقات كندة والصف ، فتوفي رسول الله (ص) ولم يسر اليها ،
 فبعثه أبو بكر (رض) الى قتال من باليمن من المرتدين ، فلما فرغ سار الى عمله ،
 فسار الى ما ذكره له أبو بكر ، وهو الذي فتح حصن الخير بحضرموت مع زياد بن
 لبيد الانصاري ، وسير الاشعث بن قيس الى ابي بكر اسيراً ، وله في قتال الردة
 باليمن أثر كبير ، . أه .

(١) الى هنا تنتهى عبارة نسختى مينخ وقليج .

(٢) الحيف الميل فى الحكم والجور والظلم ، حاف عليه فى حكمه يحيف
 حيفا مال حار ، ورجل حائف من قوم حافة وحيف وحيف . وفى التنزيل
 ان يحيف الله عليهم ورسوله أي يجور ، وفى حديث عمر (ر) « حتى لا يطمع
 شريف فى حيفك أى فى ميلك معه لشرفه (لسان العرب) .

أن يقولوا سمعنا وأطعنا^(١) . .

فأدب الله تعالى أحسن الآداب ، وقوله اصدق القول .

٦٢٦- فكما يجب على المدعى الترفق بخصمه ليتمكن من استيفاء حقه ،
فكذلك يجب على المطلوب الإجابة الى ما يدعى اليه ، وأيهما تعدى ما قلناه اثم ،
وربما فسق ان لم يكن له عذر .

٦٢٧- وان امتنع عليه : فان كان لغير عذر اثم ، وان كان لعذر لم ياثم .

٦٢٨- وهذا يوجب ان نذكر العذر الذي يسقط الحضور .

باب العذر الذي يسقط الحضور

وهذا باب العذر الذي يسقط الحضور .

٦٢٩- اتفق الفقهاء على أن المرض الذي لا يستطيع معه الحضور بنفسه
الى الحكم يسقط الحضور عنه ، لان المرض يسقط الصيام وأركان الصلاة
الواجبة والصوم ، فجاز أن يسقط الحضور .

٦٣٠- ويسقط الحضور أن تكون امرأة غير برزة ، لان الحياء في النساء
يمنع من استيفاء^(١) مالها من الحق .

وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال « واغد يا انس على
امرأة هذا فان اعترفت فارجمها » ولم يكلفها الحضور مع اعتراف من اعترف انه
زنا بها .

وكذلك قال عمر لابى واقد الليثي في امرأة الرجل الذي زعم انه وجد
عبده معها ولم يكلفها الحضور .

٦٣١- والجنون يسقط الحضور ، وكذلك زوال العقل بالسكر والاعماء .

(١) النور .

(٢) كلمة استيفاء لم ترد في نسخة متيخ وانما وردت في نسخة قليج .

- ٦٣٢ - وأما كيفية القضاء عليهم فسنذكر ذلك في باب ما يجوز القضاء على المريض والمخدرة ان شاء الله .
- ٦٣٣ - واذا قد ذكرنا المذر فلنذكر الامتناع .

باب الامتناع من الحضور إلى القاضي

- وهذا باب يذكر فيه الامتناع من الحضور الى القاضي :
- ٦٣٤ - واذا امتنع الخصم من الحضور مع خصمه قبل أن يدعوه القاضي الى الحكم لم يكن للحاكم تأديبه على ذلك اذا صح عنه ، وان قلنا انه يأثم .
- ٦٣٥ - واما اذا وردته طينة القاضي وخاتمه والمحضر فان القاضي يحضره بالوالى .
- ٦٣٦ - ويتقدم بما يراه من تأديبه اذا شهد عنده شاهدان بامتناعه ، ولا يسأل عنهما بعد ان يكونا مستورين ، ان شاء حبسه قليلا وان شاء كثيرا وان رأى تأديبه بكشف الرأس وغير ذلك مما يكون فيه اقامة حشمة الحكم .

فصل

- ٦٣٧ - وقال اسماعيل بن حماد بن ابي حنيفة :
- أربعة من الشهود لا يسأل عنهم :
- شاهد رد الطينة^(١) .
- وشاهد تعديل العلانية .
- وشاهد المعرفة الذى يدعو به القاضي من غير قرعة .
- والرجل يستعدى على الرجل يريد اشخاصه الى المجر فيقيم عليه شاهدين بحق يدعيه قبله .

(١) فى لسان العرب : الطينة قطعة من الطين يختم بها الصك ونحوه ، وطلنت الكتاب طينا ، جعلت عليه طينا لاختمه به ، وطان الكتاب طينا وطينة ختمه بالطين .

٦٣٨ - وقال ابن سماعة^(١) : أسأل عن شاهدي رد الطينة والاشخاص .

٦٣٩ - وإن حضر المدعى وقال :

- قد توارى خصمي في منزله ولا يحضر معي الحكم .

فانه يأمر الوالي باحضاره .

٦٤٠ - فان قال الوالي لم أظفر بالرجل وانا اطلبه ، وإذا ظفرت به احضرته^(٢)

فقال المدعى للقاضي :

- احتم لي على منزله فانه فيه .

لم يجبه القاضي الى ذلك حتى يشهد عنده اثنان انه في منزله ، بعد ان يقولوا اليوم رأيناه او امس او منذ ثلاثة أيام فيجيبه الى ذلك ويختم .

٦٤١ - وإن كانت رؤية قديمة لم يختم .

٦٤٢ - فإذا ختم على منزله بشهادة الشهود فحضر المدعى عليه ، والخاتم

على بابه ، فقال المدعى انه لا يحضر ، وقد جلس في منزله فانصب له وكيلا ، واستمع من شهودي عليه ، فان ابا حنيفة ومحمد قالوا : لا ينصب له وكيلا ولا يقضى .

لان نصب الوكيل قضاء عليه .

٦٤٣ - وقال أبو يوسف :

إذا صح عند القاضي انه في منزله نادى على بابه ثلاثا : انه ان لم تحضر قضيت عليك .

فان لم يحضر اقام قيما وسمع من البيعة .

٦٤٤ - وقد روى عن ابي يوسف مثل قول ابي حنيفة انه لا ينصب

عنه وكيلا .

(١) هو محمد بن سماعة العراقي من تلامذة ابي يوسف .

(٢) الظفر بالفتح الفوز بالمطلوب وقد ظفر به وعليه وظفره ظفراً مثل

لحق به ولحقه فهو ظفير ، واطفره الله به وعليه وظفّره به تظفيرا (لسان العرب) .

٦٤٥ - وقال الخفاف عنه انه قال فى كتاب اءب القاضى ^(١) : « ولو ءضر بكتاب الى قاض بءق على رءل فلم يءضر المءلوب ، ولم يوكل فشءء بءلك الشءوء فانه يقبل كتاب القاضى والينة وينفذ القضاء عليه .

المءءوم على الغائب والتسمير

٦٤٦ - وقء ءكى الطءاوى فى آءب القضاء الصءير له ان بءضهم كان يرى المءءوم على الغائب ، وبءضهم لا يراه ، وبءضهم يسرى التسمير على الابواب وبءضهم لا يراه .

٦٤٧ - وقال بءض الءكام :

أءلس رءلا على بابء ، ويمنع من الدءول والءروج من منزله ، الا من الطعام والشراب فانه لا يمنع عنهما ، ويضيق عليه ءنى يءرج فيءكم عليه .

ترتيب المءءوم

٦٤٨ - قال الخفاف :

ومن رأى المءءوم من اصءابنا على الءصم فى منزله اذا تبين ذلك فيءون ذلك بالنساء والءءم والرجال فيءدم النساء فى الدءول ويدءلون نساء المءلوب فى بيت ثم يفتش الدار ثم يدءل البيت الذى فيه النساء ءاصة ، فاذا وءء اءرج .

المءءوم على غفلة

٦٤٩ - ولا يءون المءءوم الا على غفلة من غير أسءمار ، يدءل النساء اولاً ، فاذا ءءدم فى المنزل من النساء دءل الرجال .

(١) الاشارة هءنا الى كتاب اءب القاضى لابى يوسف .

نقد مبدأ المهجوم على الغائب

٦٥٠ - وهذا الوجه عندى ضعيف ، لانه ربما كان الخصم وحده في البيت ، فكما لا يجوز دخول الرجال على النساء ، لا يجوز أيضا دخول النساء على الرجال ، وهذا أمر يتوهم^(١) ، فعلة المنع حاصلة ، فينبغي ان لا يجوز .

٦٥١ - وقد روى الخفاف ان علي بن ابي طالب رضى الله عنه استعمل عبدالرحمن بن محزم على الري فأخذ المال وتواري عند نعيم بن دجاجة الاسدي ، فأرسل عليه رضى الله عنه من يخرج منه من دار نعيم ، فجاء نعيم معهم الى علي فقال له :

- ان مفارقتك لكثير وان المقام معك لذل .

فأمر بالكف عنه .

٦٥٢ - وعن عمر رضى الله عنه انه بلغه عن نائحة^(٢) في ناحية في المدينة يجتمع عندها فأتاها فهجم عليها في منزلها ثم ضربها بالدرة حتى سقط خمارها^(٣) .

ف قيل له :

- يا أمير المؤمنين ! ان خمارها قد سقط .

فقال :

لا حرمة لها :

ذكره الخفاف أيضا .

٦٥٣ - ولا اعرف لاصحاب الشافعي في الهتجم والتسمير وما ذكرناه قولا فاحكيه ، الا ما قدمناه ان الوالى يحضره اذا امتنع ، فاما هذا التفضيل فلم أراه فيما حضر من كتبهم عند تأليف هذا الكتاب .

(١) يتوهم ههنا بمعنى يتصور . اى انه من الامور الممكنة .

(٢) اى ان بيتها كان من بيوت الدعارة وانها كانت تجمع فيه بين الرجال والنساء ، وقد كان البغاء معروفا فى الجاهلية فحرم فى الاسلام .

(٣) فى لسان العرب : الدرة بالكسر التى تضرب بها عربية معروفة ، وفى التهذيب الدرة درة السلطان التى يضرب بها .

٦٥٤ - واذا قد ذكرنا حكم الامتناع من الحضور فهل يستوى الرجال والنساء ام يخلفون ؟

وهذا يقتضى ذكر ما لهن وعليهن •

باب دعوى النساء والدعوى عليهن

وهذا باب يذكر فيه دعوى النساء والدعوى عليهن •

٦٥٥ - اعلم ان حكم النساء حكم الرجال فى الخصام والمنازعات : الحرة كالحر والامة كالعبد لا يخلفان فى الدعوى والبيّنات ولا الايمان ولا المحاكمات : ملكها كملك الرجل فيما يملك من الاموال وحدها كحده وقذفها كقذفه وقتلها كقتله ، وما يقرقان فيه من الاحكام فانما هو مستثنى من هذا الاصل

٦٥٦ - واذا استعدى رجل على امرأة او امرأة على امرأة الى القاضى ، وادعى عليها مالا فى يدها او دينا فى ذمتها او حقا يجب القضاء به والحكم اذا وجد شرط الحكم فان القاضى يحضرها كما يحضر الرجل الا ان تكون غير برزة فلا يحضرها ولكنه ينفذ اليها من يسألها عن دعوى خصمها •

٦٥٧ - وسنذكر كيفية القضاء عليها فى باب القضاء على من له عذر يمنعه من الحضور •

٦٥٨ - واما اذا كانت مخدرة ، وكان لها حق على غيرها • من قريب أو بعيد أو زوج فارسلت الى القاضى وسأله المدوى على خصمها ، فانه ينفذ اليها شاهدين وبعض الوكلاء فتوكل فى ذلك ، ويشهد الشهود عليها ، ويدعى الوكيل بما يتوجه لها من حق • فان وجب عليها يمين فيما يقضى به للوكيل لها فانه يرسل اليها من يسأل عن ذلك ، ويستوفى اليمين ان كان اليمين يجب عليها •

٦٥٩ - وسنذكر فيما بعد ما يقبل قولها فيه بلا يمين ، وما يقبل مع يمينها ، ونذكر الخلاف فى ذلك فى مواضعه ان شاء الله تعالى •

٦٦٠ - هذا حكم الاحرار والحرار اذا كانوا من أهل التكليف قيد
ذكرناه . وبقي حكم الرقيق .

باب دعوى العبيد والمكاتبين

ومن فيه رق

٦٦١ - والعبيد والرقيق على ضربين : منهم من يتصرف لنفسه ومنهم من
يتصرف لغيره .

٦٦٢ - فالمكاتب يتصرف لنفسه في سائر عقود المعاملات من البيع والشراء
والشركة والمضاربات والمطالبة بالشفعة والاجارات . وهو كالحر فيما يدعي
على غيره من العقود والخصايات ، ويثبت بينه وبين مولاه اروش الخصايات ،
وقيم المتلفات والشفع والاشرية والرد بالعيب ، وهو في هذه الاحكام معه
كالاجنبى وهو كالعبد في النكاح والهبة والتبرعات وعق ما في يديه من الرقيق .
٦٦٣ - وسنذكر ما فيه من الخلاف في كتابه ان شاء الله .

٦٦٤ - والعبد المأذون كالمكاتب اذا كان عليه دين ، وكالعبد المحجور
اذا لم يكن عليه دين .

٦٦٥ - والمعتق بعضه كالمكاتب عند ابي حنيفة .

٦٦٦ - واذا ادعى رجل على مكاتب دعوى في نفس أو طرف أو مال
أو غضب أو اتلاف فان القاضى يسمع الدعوى ويعدى عليه .

٦٦٧ - وكذلك اذا ادعى المكاتب تسمع دعواه ، واعدى القاضى على
خصمه ، ونظر فيما يدعيه فحكم عليه به اذا كان مثله مما يحكم به .

٦٦٨ - وكذلك حكم المأذون له فى التجارة .

٦٦٩ - المكاتب كالمكاتب ، والمأذونة كالمأذون ، وكذلك المعتق بعضها كالمعتق بعضه •

٧٧٠ - وأما العبد القن والامة القن^(١) فهما في الدعاوى بخلاف من ذكرنا الا في دعوى العتق والكتابة والتدبير على المولى ، فان دعوى العبد القن على مولاه تسمع ، ويسأل المولى عنها ، وكذلك التدبير والكتابة والاستيلاء •

٦٧١ - فأما الجنایات والعقود بغير اذن المولى لا تسمع ، بل الخصم في ذلك هو المولى •

٦٧٢ - واذا قد ذكرنا حكم دعوى البالغ الحر والعبد المأذون ومن ذكرناه فبقى دعوى الغير عن الغير •

باب دعوى الولي عن الصغير

وهذا باب دعوى الولي عن الصغير :

٦٧٣ - اعلم ان الصغير لما كان غير مكلف وكان يحتاج الى ما يحتاج البالغ من المأكل والمشروب والملبوس والتعليم ، وكان عاجزا عن ذلك غير كامل ولا مكلف رخص الشرع في التصرف في ماله لوليه كأبيه وجده اذا كانا من أهل الولاية •

(١) يراد بالعبد القن غير المدبر ولا المكاتب ولا من اعتق بعضه لان العبد القن في اللغة هو العبد للتعبية أو هو الذي ملك هو وابواه وخالص العبودية وقال اللحياني العبد القن الذي ولد عندك ولا يستطيع ان يخرج عنك والقن يقال للمفرد والاثنين والجمع والمؤنث وقد حكى في جمعه اقسان واقنة والاخيرة نادرة • قال جرير :

ان سليطا في الخسار انه ابنساء قوم خلقوا أقننه
والانثى قن بغير هاء ويقابل العبد القن عبد المملكة وكان القن مأخوذ من
القنية وهي الملك •

واقتن قنا اتخذه وانه لعبد بين القنانة أو القنانة والقنونة •

صفات الولي على الصغير

٦٧٤ - وإنما يكونان كذلك اذا كانا عدلين أمينين ، لا اختلاف بينهما في دين ولا دار ولهما ضبط وتميز .

شرط تصرف الولي عليه

٦٧٥ - ولا يجوز تصرف الولي عليه حتى يكون للمصبي فيه النفع ، ولا يكون عليه فيه مضرة .

٦٧٦ - ولا يبيع ما فيه غبن ماله .

٦٧٧ - وليس له اسقاط حقوقه الواجبة له بغير عوض يحصل له ، أو غرض يوفى على ذلك .

٦٧٨ - وسنين في المعاملات ما يجب من ذلك وأما الغرض ههنا انه يجوز للولي أن يدعى الحق الذي يجب للصغير على غيره من أئمان البياعات وقيم المتلفات واروش الجنایات .

٦٧٩ - وله أن يقيم اليئنة بذلك .

٦٨٠ - ويتسلم ما قضى به للمصبي من ثمن أو مهر أو أجره أو نفقة .

٦٨١ - وهو اولى بالتصرف من الحاكم والام وسائر الاقارب .

٦٨٢ - وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال : « أنت ومالك لابیك » .

٦٨٣ - وأول فائدة هذه الاضافة ان تفيد جواز التصرف .

٦٨٤ - وله أن يستيب في الخصومة . ويوكل في كل ما يجوز أن يتولاه بنفسه .

٦٨٥ - وكل تصرفه يلزم الصبي بعد بلوغه • وليس له ابطال ما اجزنا له التصرف فيه بعد البلوغ •

٦٨٦ - ولما كان له التصرف بنفسه وبغيره ، وجب ذكر جواز نيابة الغير •

باب جواز دعوى الوكيل لغيره

وهذا باب يذكر فيه جواز دعوى الوكيل لغيره •

٦٨٧ - اعلم ان الوكيل اذا صحت وكالته ولزمت حجة جاز للقاضي أن يسمع دعواه ، والدعوى عليه فيما يصح أن يتولاه لغيره •

٦٨٨ - وهو كالولي ، لان النبي صلى الله عليه وسلم وكل عمرو بن أمية الضمري^(١) في تزويج أم حبيبة ، وعروة البارقي^(٢) في شراء اضية • وكذلك ائمة العدل ووجوه الصحابة والتابعين ، وهو عمل الناس في جميع الامصار •

٦٨٩ - وللوكيل المخاصمة فيما وكل به ما لم يخرج من الوكالة بموت

(١) هو عمرو بن أمية بن خويلد بن عبدالله الكيالي الضمري ، يكنى ابا أمية ، بعثه النبي (ص) وحده عينا الى قريش فحمل حبيب بن عدى من الخشب التي صلب عليها ، وارسله الى النجاشي وكيلا فعقد له على أم حبيبة بنت ابي سفيان واسلم قديما وهو من مهاجرة الحبشة ثم هاجر الى المدينة واول مشاهدته بئر معونة ، كان رسول الله يبعثه في اموره وكان من انجساد العرب نجدة وجراة ، روى عنه اولاده جعفر والفضل وعبدالله وابن اخيه الزبرقان بن عبدالله بن أمية ، وهو معدود من اهل الحجاز ، وتوفي في اخر أيام معاوية قبل الستين (اسد الغابة ٤/ ٨٥-٨٦) •

(٢) هو عروة بن عياض بن ابي الجعد البارقي ، وبارق من الازد ، ويقال ان بارقا جبل نزل به بعض الازد فنسبوا اليه ، استعمله عمر بن الخطاب على قضاء الكوفة وضم اليه سلمان من ربيعة الباهلي وذلك قبل ان يستقضى شريحا • وهو من جلة من سير الى الشام من اهل الكوفة في خلافة عثمان بن عفان (ر) (اسد الغابة ٣/ ٤٠٤ - ٤٠٥) •

الموكل أو موت من وكل عليه أو عزل نفسه أو عزل من وكله أو بلوغ من وكل له من الصغار أو موتهم •

٦٩٠ - وسنذكر في كتاب الوكالة ما يجوز من ذلك وما لا يجوز ، ونذكر الخلاف في مسائل الخلاف في ذلك •

٦٩١ - وتصرف الوكيل موقوف على الأمر ، فليس له ان يتصرف في غير ما امر به •

٦٩٢ - وقد يتصرف عن البالغ تارة وعن الصغير أخرى •

٦٩٣ - ولما جاز أن يموت الوكيل والولى ويحتاج الصغير الى من يتصرف عليه وجب ذكر ذلك ، وليس ذلك الا الى الامين •
وهذا باب يذكر فيه دعوى الامين

نصب الامناء

٦٩٤ - ولما كان القاضي منصوباً للتصرف في مصالح المسلمين ، وهو نائب عن الامام ، وكان يجب عليه حفظ ما انتهى اليه من أمر أو مال أو حفظ ضالة أو تسلم مال تركه أو وقف أو وصية ، وكان لا يجوز له ان يتولى ذلك بنفسه ، ولا يقوم بحفظ ما يجب عليه لكثرتة ، جعل الشرع له ان ينصب الامناء على الايتام والوقوف ومال من غاب من الناس ، وبيع ما يجب بيعه وحفظ ثمنه ، وكان مصوناً عن ان يدعى عليه الدعاوى في عقودة وما يأمر به جعل ذلك الى أمينه ليخرج من هذه العهدة^(١) فلماذا قلنا يجوز للامين ان يدعى عن غيره وان يدعى عليه ما يجب على الغير اذا لم يمكن أن يقضى عليه •

(١) العهدة بالضم : كتاب الحلف ، وكتاب الشراء ، والضعف في الخط وفي العقل والرجعة ، تقول : لا عهدة لى ، اى لا رجعة ، وعهده على فلان ما ادرك فيه من درك قاصلاحه عليه واستعهد من صاحبه اشترط عليه وكتب عليه عهدة ، وفلاناً من نفسه ضمنه حوادث نفسه • وككتف من يتعاهد الامور والولايات (القاموس المحيط)

- ٦٩٥ - ويكون الأمين كالولي والوكيل في ذلك .
٦٩٦ - وهذا لا خلاف فيه ان للقاضي ان يفعله بمطلق الولاية ، ويستفيدة بنظر الحكم .

إطلاق التصرف للأمين وتقييده

- ٦٩٧ - وقد يجعل القاضي الى الأمين التصرف على سبيل العموم تارة وعلى سبيل الخصوص أخرى .
٦٩٨ - وهذا يقتضى ذكر ما يصير به تصرفه عاما ، وذلك انما يكون بان يجعله وصيا .

باب دعوى الوصى

وهذا باب يذكر فيه دعوى الوصى :

- ٦٩٩ - اعلم انه لما كان التصرف يقع على وجهين عن الغير : فى حال الحياة وفيما بعد الموت جوز له ان يوكل حال الحياة وان يوصى الى غيره بعد الموت .
٧٠٠ - فالوكيل لا يتصرف بعد موت الموكل فيما وكل به . والوصى لا يتصرف حال حياة الموصى فيما اسند اليه بلا خلاف فى هذه الجملة .
٧٠١ - ويكون الوصى وصيا من جهة الانسان فى ماله ، وفيما يتعلق به ، ويكون وصيا فيما يتعلق بغيره كولد .
٧٠٢ - وتثبت الوصية للوصى بالاب والجد وأن علا فى حق صغار ولده ، ويكون وصيا بقول القاضي له : جعلتك وصيا على مال فلان أو ورثته الصغار .
٧٠٣ - وسنذكر فى الوصايا ما يجوز تصرفه فيه وما لا يجوز ، ونذكر الخلاف فى مسائل الوصايا ان شاء الله ، وانما ذكرنا ههنا جواز دعواه والدعوى عليه .

٧٠٤ - واذا قد ذكرنا ذلك ، وجب ان نذكر حكم الدعوى له ولغيره .

باب دعوى الشريك والدعوى عليه

وهذا باب دعوى الشريك والدعوى عليه .

أنواع الشركات

٧٠٥ - والشركة على ضربين : شركة عقود ، وشركة املاك .

شركة الاملاك

٧٠٦ - وشركة الاملاك تصح ويشب حكمها من المكلف وغير المكلف كالميراث والوصية واروش الائلاف ، وما يدعى على الميت ويدعيه له ، قالواحد يشوب فيه عن الجماعة .

شركة العقود وأنواعها

٧٠٧ - والشركة فى العقود تنقسم الى اربعة أقسام :

- منها مفاوضة
- ومنها عنان
- ومنها شركة ابدان
- والرابع شركة وجوه .

٧٠٨ - وسنذكر فى كتاب الشركة حكم ذلك ، والخلاف فيه .
وانما ذكرنا ههنا دعوى الشريك على غيره بما يجب لشريكه ، والدعوى عليه . وهذا مجمع على صحته اذا صحت الشركة بأن يدعى انه اشترى له ولشريكه .

٧٠٩ - واذا قد ذكرنا جواز دعوى الشريك فى الوجوه الاربعة ، وكان من الشركة ما يكون من أحد الجانبين مال ومن الاخر عمل وجب ذكر ذلك .

باب دعوى المضارب^(١)

وهذا باب دعوى المضارب •

- ٧١٠ - والمضاربة اذا صحت جاز للعامل الدعوى على غيره لئال المضاربة ،
وتكون كدعواه ودعوى رب المال اذا اجتمعا فى الدعوى لذلك •
٧١١ - وسنذكر فى كتاب المضاربة ما يدعيه كل واحد على صاحبه ،
وعلى غيره • ونذكر الخلاف فيما فيه خلاف والوفاق فيما فيه وفاق •
٧١٢ - واذا قد ذكرنا ذلك وجب ذكر دعوى المولى عن العبد •

باب دعوى المولى على عبده وعن عبده

- وهذا باب يذكر فيه جواز دعوى المولى على عبده وعن عبده •
٧١٣ - أما ما يدعيه عن عبده فهو كل حق يجب للمولى ويكون قوله فيه
مقبولا كالجنابة عليه خطأ •
٧١٤ - وكل مالا يقبل فيه قوله على العبد فالخصم فيه العبد ، وهذا
كالقتل العمد والردة والزنا والقذف والسرقة اذا كانت الدعوى لطلب القطع ، وان
كانت لوجوب الضمان سمعت على المولى •
٧١٥ - وسنذكر فى العتاق والكتابة والتدبير والاستيلاء دعوى العبد على
مولاه ، ودعوى المولى عليه ان شاء الله ، ونذكر الخلاف فى ذلك والوفاق ،
ونرتب ذلك كما رتبنا غيره •
٧١٦ - واذا قد ذكرنا حكم المقضى له ، وهو المدعى فلنذكر حكم المقضى
عليه وهو المدعى عليه •

(١) جاء فى لسان العرب فى مادة ضرب : ضرب فى التجارة وفى الارض
وفى سبيل الله ، وضاربه فى المال مضاربة ، وهى القراض [فى مصطلح الفقه
المالكي] والمضاربة ان تعطى انسانا من مالك ما يتجر فيه ، على ان يكون الربح
بينكما ، أو يكون له سهم معلوم من الربح ، وكأنه مأخوذ من الضرب فى الارض
لطلب الرزق ، قال تعالى « وآخرون يضربون فى الأرض يبتغون من فضل الله •
قال وعلى قياس هذا يقال للعامل ضارب ، لانه هو الذى يضرب فى الارض • قال
وجائز ان يكون كل واحد من رب المال ومن العامل يسمى مضاربا لان كل واحد
منهما يضارب صاحبه وكذلك المقارض •

باب المقضي عليه

وهذا باب نذكر فيه أحوال المدعى عليه وصفاته التي يكون عليها •

أهلية المدعى عليه

٧١٧ - والدعوى لا تصح على من لا يقبل قوله لو اعترف بها وصدق

المدعى ، وهذا كالدعوى على الصغير والمجنون ومن ليس له تمييز •

شرط الصفة

٧١٨ - ولا على من له تمييز ولكن الحق لا يلزمه وإنما يلزم غيره إذا

لم يكن بينهما شيء يوجب قبول قوله عليه •

٧١٩ - فاما إذا كان كالنائب عن غيره أو يتصرف عليه بالولاية فستبين في كل

كتاب ما يقبل إقراره فيه وما لا يقبل ، ونذكر الخلاف في ذلك إن شاء الله

ونبين كيفية القضاء عليه وله في الدعوى ، فيحتاج أن يكون عاقلا مميزا •

٧٢٠ - وقد يجوز أن يكون حرا ، ويجوز أن يكون عبدا ، ويجوز أن

يكون ذكرا ويجوز أن يكون أنثى ، ويجوز أن يكون مأذونا له في التجارة

عاقلا غير بالغ ، ويجوز أن يكون مسلما ، ويجوز أن يكون كافرا ، وهذه

صفة المدعى عليه إذا ادعى عليه ، وقد يكون حاضرا ويكون غائبا •

باب القضاء على الحاضر في المجلس والبلد

وهذا باب يذكر فيه القضاء على الحاضر في المجلس والبلد •

٧٢١ - اجمع الفقهاء على العدوى على من في البلد إذا كان صحيحا

سالمًا أنه يعدى عليه ويحضره مجلس الحكم •

٧٢٢ - فإذا حضر سمع من المدعى دعواه وسأل المدعى عليه عن الدعوى إذا صحت ، فإن أقر امره بالخروج مما أقر به .

٧٢٣ - وإن لم يقر سأل المدعى البينة .

٧٢٤ - ولا يسمع البينة إلا بعد الانكار وهذا فصل لا خلاف فيه أنه لا يسمع البينة إذا سكت ، ولا بد من الانكار ليصح سماع البينة .

٧٢٥ - وهو اصلنا في القضاء على الغائب ، أنه لا يقضى عليه حتى يوجد الانكار الذى هو شرط سماع البينة .

٧٢٦ - وقد قال اصحابنا :

لو كان غائباً عن المصر على مسيرة أقل من نصف يوم لم يعد عليه إلا بيينة تشهد عليه ان له عليه هذه الدعوى ، فيحضره له .

٧٢٧ - قال الطحاوى :

« وهذا قول ابى يوسف ، وكان لا يسأل عن شهود العدوى » ، وقد ذكرنا الرواية فيما تقدم من رواية ابن سماعة .

٧٢٨ - وقال مالك ان كان غائباً على أقل من مسيرة تقصر فيها الصلاة سمع من المدعى بيئته فى الدين ، ولم يسمع بيئته على العقار .

٧٢٩ - وقال الشافعى : لم يعد عليه ببلد فيه حاكم ، ويقال للخصم :

امض فخاصمه هناك .

٧٣٠ - واختلف اصحاب الشافعى اذا كان فى البلد هل يسمع بيئته

على وجهين :

احدهما أنه يسمع ويقضى عليه كالغائب .

والثانى وهو المذهب انها لا تسمع كالحاضر فى مجلس الحكم .

الدعوى على العليل ومن إليه

٧٣١ - وإذا كان المدعى عليه عليلًا لا يمكنه حضور مجلس الحكم ،
وصح ذلك عند القاضي قال للمدعى :

- اصبر حتى يصير خصمك الى حال يمكنه الحضور .

فان امكنه الحضور احضره .

٧٣٢ - فان لم يصبر وطلب المدعى الحكم فان القاضي يرسل اليه أمينًا من
امثاله ومعه شاهدين ممن يعرف المريض ، وكذلك ان كانت امرأة غير برزة
فهى مثل المريض ، فيذكر الامين صفة المدعى ودعواه وان القاضي أمره ان
يسألك ذلك ، فان وجدت احلفتك كما أمر القاضي .

٧٣٣ - فان أقر المريض او المرأة شهد الشاهدان وأمره الامين ان يوكل
وكيلًا يحضر معه مجلس الحكم ليخاصم المدعى .

٧٣٤ - فاذا وكل حضر الشاهدان وشهدا بما أقر به بمحضر من وكيله
وكذلك اذا جحد يقيم خصمًا له أو عليه بيينة المدعى ، وان كان قد حلف أيضًا .

٧٣٥ - واذا ابى ان يحلف عرض عليه اليمين ثلاث مرات ، فاذا تحقق
النكول حضر وكيله فشهد بذلك الشاهدان بمحضر من الوكيل والزم القاضي
ذلك الحق .

٧٣٦ - وسندكر ما فى اليمين والنكول فى موضعه ان شاء الله .

٧٣٧ - وللمدعى ان يصبر حتى يبرأ المريض فيحضره الى القاضي
فيستحلفه على الدعوى .

٧٣٨ - وهذا حكم الدعوى على العليل والمرأة التى لم تبرز .

فصل

في الترجمة

- ٧٣٩ - فان كان المدعى او المدعى عليه اعجميا او لا يعرف القاضي لفته ،
وهما او احدهما على هذه الصفة أو لا يعرف احدهما الاخر فعلى القاضي ان
يأمر عدلين يترجمان للمدعى والمدعى عليه وله ، ويفهم هو ايضا ذلك •
٧٤٠ - وهذا قول محمد بن الحسن (الشيباني) وزفر ، والظاهر من
قول الشافعي انه يعتبر في الترجمة اثنين ، ولا يقبل اقل من ذلك •
٧٤١ - وقال ابو حنيفة وابو يوسف يقبل قول الواحد العدل في الترجمة

فصل

في الأخرس

- ٧٤٢ - وان كان الرجل اخرس يفهم الاشارة أمر الحاكم عدلين ان
يشيرا اليه بما يدعى عليه ، فان جحد سمعت بينة المدعى ، وان لم تكن بينة
استحلفه بالاشارة على ما يفهمه ، لان الاخرس في الدعاوى والعقود كالأناطق
٧٤٣ - وانما الخلاف في شهادته وإلغائه •
٧٤٤ - ومن الفقهاء من قال لا يصح اقراره بالاشارة لانها لا تقوم مقام
الكلام ، ذكر الخلاف الخصاص في أدبه للقضاء ، وسنذكر ذلك في الشهادات
ان شاء الله •

فصل

الدعوى على الطفل في حجر القاضي

- ٧٤٥ - فان كان المدعى عليه طفلا في حجر القاضي اقام له وكيل يدفع
عنه ويقول :
لا علم لي بما يدعيه على فلان •

٧٤٦ - وان حضر طفل الى القاضي وقال :

• ان لي مالا ولا قيم لي عليه .

فان القاضي يقيم له قيمة بما يحفظ ما يذكر انه له .

٧٤٧ - وحال الحاضر لا يخلو من هذه الاقسام كلها .

٧٤٨ - واذا قد ذكرنا ذلك فلنذكر القضاء على الغائب .

باب القضاء على الغائب

وهذا باب جواز القضاء على الغائب وما قيل في ذلك .

٧٤٩ - قال أبو خيفة ومحمد : لا يجوز القضاء على الغائب ، ولا تسمع عليه

بينة إلا أن يحضر أو يحضر وكيل له فيقضي عليه حينئذ ، ولا فرق بين سائر الأموال والحقوق في ذلك .

٧٥٠ - وروي عن أبي يوسف انه كان يأخذ في ذلك بالاعذار فيقول :

ان يغيب ولم يحضر وصح ذلك عند الحاكم انه في منزله نادى على بابه على ما ذكرناه فيما تقدم ، وأقام عنه قيمة وسمع من البينة .

٧٥١ - وكان مالك بن أنس يقضي على الغائب في الدين دون العقار ، ودون

غيره من الحقوق الا ان يغيب غيبة منقطعة فيقضي حينئذ في الجميع .

٧٥٢ - وكان الشافعي يقضي على الغائب بما يقضي به على الحاضر من البينة .

وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لعلي بن ابي طالب رضي الله عنه حين ولاء اليمن :

- لا تقض لأحد الخصمين حتى تسمع من الآخر فجعل شرط القضاء عليه سماع قول الآخر .

٧٥٣ - واذا لم يجز القضاء للغائب من غير خصم فكذلك القضاء عليه ، لأنه أحد الخصمين .

٧٥٤ - واذا قد ذكرنا الغائب وجب ان تذكر من غاب الى المعاد .

باب جواز القضاء على الميت

وهذا باب يذكر فيه جواز القضاء على الميت •

٧٥٥ - والموت لا يبطل ما على الميت من حقوق الأموال ، ولا يبطل ماله من ذلك ، وإن بطل بعض^(١) الحقوق التي ليست بمال ولا تؤول الى مال كخيار الشرط والنكاح وخيار الشفعة والقبول •

٧٥٦ - وأجمعوا على أن حقوقه المالية تستوفى له بعد الموت على حكم ملكه ، وتقضى منها ديونه وتنفذ منها وصاياه •

٧٥٧ - وإن موته لا يبطل ما عليه من حق اذا خلف تركته •

٧٥٨ - والحكم على الميت لا على وراثته ، ولهذا يجوز الحكم بحضور بعض الورثة أو الوصي ، وهذا لا خلاف فيه بين العلماء نعلمه •
٧٥٩ - وسنذكر في كل كتاب من المعاملات ما قيل •
٧٦٠ - واذا صحت الدعوى عليه فكيف يقضى عليه •

باب كيفية القضاء على الميت

وهذا باب كيفية القضاء على الميت :

٧٦١ - قال أصحابنا :

ولا يثبت الحق على الميت الا بحضور بعض الورثة أو الوصي عنه أو وصي يقيمه القاضي عنه •

٧٦٢ - ولا يثبت الحق عليه بدعوى على غريم له عليه دين ، ولا موسى له شيء من ماله ، ولا يكون أحد منهما عنه خصماً

٧٦٣ - واذا ثبت الحق عليه إستحلف المقتضي له انه ما استوفاه ولا أبرأه ولا اعتاض عنه ، ولا وجد من جهته ما يبطل حقه^(٢) •

٧٦٤ - وسنذكر عند الايمان كيفية اليمين •

(١) في نسخة قليج : بعد

(٢) هذه هي يمين الاستظهار المنصوص عليها في الفقرة (أ) من المادة

(٤٨٤) من القانون المدني العراقي :

- ٧٦٥ - وان أسقط الوارث يمينه لم يسقط لأنها يمين على حق للميت .
- ٧٦٦ - واذ قد ذكرنا القضاء على الميت فلنذكر القضاء على وارثه .

باب كيفية القضاء على الورثة

وهذا باب كيفية القضاء على الورثة .

٧٦٧ - قد قلنا ان القضاء على الميت يقع لا على الورثة ، وان الوارث نائب عنه في التركة ، يستوفى ما وجب له ، دون ما لم يجب له ، فإذا ادعى رجل وله وارث سواء لزم المقر في حصته حتى يستغرق حصته عندنا .

٧٦٨ - وقال الشافعي يلزمه في مقدار ما يخصه .

٧٦٩ - وسنذكر ذلك في الاقرار .

٧٦٩ - وان كانت عيناً أخذ حصه المقر والباقون على حقوقهم في قول الفريقين .

٧٧٠ - وان كان الورثة صغاراً أقام له القاضي وصياً فيدلي بحجة الصغار ،

فاذا ثبت الحق لم يسلمه اليه حتى يستحلف مع البينة .

٧٧١ - فاذا كان الورثة في بلد والغرماء والمال في آخر ، فطلب الغرماء ان

يسمع بينهم ويقضي لهم بحقوقهم وينصب عنهم وصياً ، فان كان البلد منقطعاً لا يصله الناس فعل ذلك ، ونصب لهم وصياً .

وان كان البلد غير منقطع لم يثبت حقوقهم ولم يسمع بينة عليهم حتى يحضر

بعضهم .

٧٧٢ - وان طلبوا منه ان يسمع ويكتب الى حاكم البلد الذي فيه الورثة كتب

لهم بما يصح عنده من ذلك ، ثم يعمل المکتوب اليه بعد الثبوت بما كان يعمل من القضاء واليمين ، ويسمع من الورثة ما لهم من حجة ثم يكتب الى الاول يعرفه ما فعل ليستوفي لهم ما لهم من التركة وما عليهم من الايمان .

٧٧٣ - وقال الشافعي :

يثبت الحق عليهم ، وهي مسألة القضاء على الغائب ، ويثبت الحكم دون نقل

الشهادة .

٧٧٤ - وإذا قال الغريم : ان مال الميت قد تفرقه الورثة وأتلفوه فاحجر عليه حتى أقيم بينة بحقي ، لم يجبه الى ذلك حتى يثبت حقه •

٧٧٥ - وقد قال بعض اصحابنا :

ان رأى القاضى ذلك على سبيل الاحتياط اياما فعل ذلك^(١) ، فان لم يثبت له شيء والا أطلق يد الوارث •

هذا ان كان الوارث غير مأمون ، وان كان مأمونا لم يفعل ذلك •

وكذلك ان ادعى رجل وصية واستحسن القاضى ذلك فعله •

وهذا على حسب اجتهاد القاضى وما يقع فى قلبه •

٧٧٦ - وان كان بعض الورثة صغيرا حاضرا وبعضهم غائبا ، نصب عن

الصغير وصيا ، فاذا قضى عليه كان القضاء على الصغير والكبير الغائب •

٧٧٧ - وهذا قولهم جميعا •

٧٧٨ - ولو كان للميت ولدان كبيران احدهما غائب والاخر حاضر ،

فقال الحاضر :

لابى على فلان الف درهم ، ولى مثل ذلك على أبى •

فانه يسمع بينة الاب على الاجنبى ، ولا يسمع بينة الوارث الا على الوارث

أو الوصى •

٧٧٩ - وقال الشافعي : يسمع ايضا بينة الوارث •

وهو فرع لمسئلة القضاء على الغائب •

٧٨٠ - واقزار الوصى بعين من التركة أو دين لا يقبل ، وان كان وارثا

قبل فى حصته •

٧٨١ - وإذا ترك الرجل الميت ألف درهم وعليه دين ، وترك ابنا ، فقال

الابن :

- هذه وديعة كانت عند أبى لفلان • وصدقه فلان وغريم الميت أو كذبوه

أو قال الغريم لا أدري لمن هى ، أو قال الابن : لا أدري لمن هى ، ولكن ليست

(١) هذا شبيهه بالحجز الاحتياطى فى قانون المرافعات المدنية •

لا بى ، فانها للغرماء دون مدعى الوديعة ، ولا يصدق الغرماء في كونها وديعة لانهم يجعلون الميت مرتبها في قبره .

٧٨٢ - ولا يمين على الوارث للمدعى لان اقراره لا يقبل .

٧٨٣ - فان قال الغرماء : انا نعلم انها لهذا المدعى فان القاضى يقضيهم الالف ، ويرجع المدعى للوديعة عليهم فيأخذ الالف منهم باقرارهم انها له .

٧٨٤ - واذا قد ذكرنا القضاء على الميت ومن ذكرناه ، وجب ذكر القضاء على من هرب من الخصم .

باب القضاء على من هرب من الخصم

وهذا باب يذكر فيه القضاء على من هرب وتغيب .

٧٨٥ - واذا هرب الخصم من الحكم فلا يخلو :

أما أن يكون قبل سماع الدعوى واليئة .

أو بعد سماع الدعوى واليئة .

أو بعد سماع الدعوى قبل سماع اليئة .

٧٨٦ - فان هرب قبل ذلك كله فهو كالعائب عن القاضى على اختلاف

المذاهب :

فمن يقضى على العائب يقضى عليه .

ومن لا يقضى على العائب لا يقضى عليه .

٧٨٧ - وان كان بعد سماع اليئة لم يؤثر هربه في الحكم ، وكان

للقاضى أن يقضى عليه وينفذ الحكم الذى يوجه عليه اذا كانت اليئة معدلة .

٧٨٨ - وان كان مما يجب على المدعى اليمين مع اليئة استحلف المدعى

لانه يستحلف وان لم يطلب ذلك الخصم في مواضع منها الرد بالعيب والشفعة

والدين على الميت .

٧٨٩ - وسنين ذلك فيما بعد ان شاء الله .

٧٩٠ - وقد ذكرنا ما قال أبو يوسف في النداء على بابه ثلاثا ، ثم نصب
الخصم عنه ، ثم القضاء عليه . وذكرنا قوله فيما تقدم من هذا الكتاب ، وبيننا
كيفية الطلب والاحضار والهجم^(١) على البيوت ، وختم الابواب ، وما في ذلك من
خلاف .

٧٩١ - وليس في حرب الخصم اعتراف منه بالدعوى ، ولا تصديق
للمدعى فيما ادعاه ، وقد يجوز أن يكون عاجزا عن الجواب فيلزمه ما لا يتوجه
عليه .

فالقاضي يفعل في ذلك ما يؤدي اليه اجتهاده ورأيه في الحكم عليه ،
والامتناع من الحكم عليه .

٧٩٢ - واذا قد ذكرنا صفة المقتضى عليه وأحواله ، فلنذكر ما يقع القضاء
به من الامور .

(١) في لسان العرب : هجم على القوم يهجم هجوما انتهى اليهم بفتة ...
وهجم البيت يهجمه هجما هدمه .

باب ما يقع القضاء به

- ٧٩٣ - وأما الكلام فيما يقع القضاء به من الأمور كالبيئة والعلم والافرار والايان فيشتمل على أبواب :
- منها الكلام في الشهود .

باب الشهادة

- ٧٩٤ - اعلم ان الشهادة^(١) على الحق للمدعى أحد طرق الحاكم الى الحكم والقضاء .
- ٧٩٥ - وهي أكد الحجج والطرق ، لانه لا خلاف في وجوب العمل بها في الحدود والقصاص والاموال والفروج .
- ٧٩٦ - واختلفوا في علم القاضى هل يقضى به أم لا ، على ما بينه في بابه وموضعه .
- ٧٩٧ - فالشهود حجة لله تعالى ولرسوله وللمؤمنين بعضهم على بعض .
- ٧٩٨ - وهي رتبة شريفة ومنزلة جليلة • قال الله تعالى :

(١) جاء في القاموس المحيط الشهادة خبر قاطع ، وقد شهد كعلم وكرم • وشهده كسمعه شهودا : حضره فهو شاهد ، ج : شهود وشهد • وشهد لزيد بكذا شهادة ادى ما عنده من الشهادة فهو شاهد • ج شهد بالفتح ، جج شهود واشهاد • واستشده : سأله ان يشهد والشهيد وتكسر شينه : الشاهد ، والامين في شهادة ، والذي لا يقرب عن علمه شيء ، والقتيل في سبيل الله ، لان ملائكة الرحمة تشهد ، أو لان الله تعالى وملائكته شهود له بالجنة ، أو لانه ممن يستشهد يوم القيامة على الامم الخالية ، أو لسقوطه على الشهادة أى الارض ، أو لانه حيى عند ربه حاضر أو لانه يشهد ملكوت الله وملكه ج شهداء • والاسم الشهادة •

واشهد بكذا : اى احلف

وشاهده : عاينه •

واشده : احضره •

وفي لسان العرب : رجل شاهد وكذلك الانثى ، والشهادة خبر قاطع •

« شهد الله انه لا اله الا هو والملائكة وأولوا العلم ، قائما بالقسط »^(١) .
وقال تعالى :

كنتم خير أمة أخرجت للناس ، تأمرون بالمعروف وتنهون عن المنكر^(٢) .
وقال :

« لتكونوا شهداء على الناس ويكون الرسول عليكم شهيدا »^(٣) .
٧٩٩ - قاله تعالى شهيد على رسله بما أوحى اليهم ، وبما فعلوه فى اداء
الرسالة ، والرسول شهيد على الصحابة واتباعه بما أدى اليهم من الشرع وبين
لهم من الدين وافترض عليهم من الاحكام .

والجيل الاول شهود على الجيل الثانى وكل أمة عن من بعدهم .
٨٠٠ - وقد جمع الله تعالى بين العلماء فى الآية الاولى وبين الانبياء لمشاركة
العلماء للانبياء عليهم السلام فى العلم ، وأفردت الامة فى الآية الثانية بالثناء والمدح ،
وجعلهم فى الآية الثالثة شهداء على الناس ، وأشهد الرسول عليه السلام .

٨٠١ - فالشهود لهم مراتب يتفاضلون فيها كما يتفاضل الرسل فى المنازل
مع تساويهم فى الرسالة ، فكذلك الشهود .

٨٠٢ - وقد أمر الله تعالى بالشهادة وبين لنا صفة الشهود بعد أن بين لنا
العدد^(٤) .

(١) آل عمران ٣/١٨ .

(٢) آل عمران ٣/١١٠ .

(٣) البقرة ٢/١٤٣ .

(٤) من الآيات الواردة بوجوب أداء الشهادة وصفة الشهود الخ :

١ - ومن أظلم ممن كنتم شهادة عنده من الله (١٤٠/٢) .

٢ - فاذا دفعتم اليهم أموالهم فاشهدوا عليهم (٦/٤) .

٣ - يا أيها الذين آمنوا شهداء بينكم اذا حضر أحدكم الموت حين الوصية
اثنان فوا عدل منكم ، أو آخران من غيركم (١٠٦/٥) .

٤ - واستشهدوا شهيدين من رجالكم ، فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان
ممن ترضون من الشهداء ان تضل احدهما فتذكر احدهما الاخرى ، ولا ياب
الشهداء اذا ما دعوا (٢٨٢/٢) .

٥ - واشهدوا اذا تباعدتم (٢٨٢/٢) .

٨٠٣ - وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال : « البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه » (١) .

وقال : « اذا رأيت مثل الشمس فاشهد والا فدع » .
وقال الله تعالى :

« الا من شهد بالحق وهم يعلمون » (٢) .

٨٠٤ - فالشهود أمانة الله والرسول والامة فينبغي لمن ميزه الله تعالى على خلقه بقبول القول على غيره ونفوذ شهادته عليه ان يعرف الله تعالى وما شرفه به وميزه ورفع من قدره وعظمه ، فيسوى بين ظاهره وباطنه وسره وعلايته .

اختيار القاضي شهوده

٨٠٥ - وعلى القاضي أن يختار من الشهود كل معروف السيرة طاهر السيرة ميمون النقية (٣) طاهر الاخلاق .

وسنين في (باب) ذكر العدالة ما يجب من ذلك ويشترط .

٨٠٦ - فيوفي كل شاهد حقه من الاكرام وموضعه من الدين ، ويزيد في منزلة من ظاهره اجمل وباطنه اسلم ، ليقضى به في الطريقة بقية الشهود ويسلكوا سبيله في التخرج والتحفظ والتميز .

٨٠٧ - وهذا باب طويل وفيه علم كثير يشعب الى شعب كثيرة وأمور جمعة ، وهذا كلام في الجملة دون التفصيل .

٦ - يا ايها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم أو الوالدين والأقربين . . فلا تتبعوا الهوى ان تعدلوا ، وان تلووا أو تعرضوا فان الله كان بما تعملون خبيراً (٤/١٣٥) .

٧ - يا ايها الذين آمنوا كونوا قوامين لله ، شهداء بالقسط ، ولا يجرمنكم شنآن قوم على الا تعدلوا ، اعدلوا هو أقرب للتقوى (٥/٨) .

(١) انظر الهامش (١) في ، ص ١٦٣ والهامش (٢) في ، ص ١٦٣ .
(٢) ولا يملك الذين يدعون من دونه الشفاعة ، الا من شهد بالحق وهم يعلمون (الزخرف ٨٦/٤٢) .

(٣) في لسان العرب : هو حسن النقية أي جميل الخليفة .

٨٠٨ - واذا قد ذكرنا حكم الجملة فلنذكر التفصيل •

باب الكلام في عدد الشهود

وهذا باب الكلام في عدد الشهود •

٨٠٩ - اعلم ان الشرع ورد باعتبار العدد في الشهادة ، وخالف في مواضع

قبول الشهادة •

عدد الشهود في الزنا والقذف

٨١٠ - فاعتبر في الزنا أربعة لا امرأة فيهم ولا عبد ولا صبي ولا مجنون

ولا متهم •

٨١١ - واجمع النحهاء على قبول الشهادة في ذلك من العرب والعجم وسائر

أصناف الناس اذا كانوا عدولا ، وسنين صفة العدل في بابه •

٨١٢ - وليس من شرط الشهادة أن يكون قرشيا أو عربيا أو علما بالاحكام

أو يحفظ القرآن أو الآثار والسيرة (النبوية) •

٨١٣ - وكل رجل يجوز قبول قوله في الحدود يجوز قبول قوله في غير

الحدود •

٨١٤ - وكل عدد ثبت به الحدود^(١) يجوز أن يثبت به غير الحدود •

٨١٥ - ويجوز أن يثبت غير الحدود بما لا يثبت به الحد •

عدد الشهود في القصاص

٨١٦ - والأربعة تعتبر في حد الزنا والقذف ليسقط الحد عن القاذف •

٨١٧ - ويقبل في القصاص شهادة رجلين •

عدد الشهود في الديات

٨١٨ - وفي الديات شهادة رجل وامرأتين ، وكذلك النكاح وسائر العقود

عندنا •

(١) كلمة : به الحدود لم ترد في النسخة المعتمدة •

٨١٩ - فأكمل الشهادات أربعة رجال وبعدها رجلان وبعدها رجل وامرأتان •

شهادة الواحد

٨٢٠ - وشهادة الواحد مقبولة^(١) ، ولها باب يجيء والنساء لهن باب •
٨٢١ - وإذا قد ذكرنا العدد في الشهادة فقد بقي أن نصف العدد بصفة

باب الكلام في صفة الشهود

وهذا باب الكلام في صفة الشهود •
٨٢٢ - اعلم أن اسم الشاهد يقع على المحق والمبطل ، فيقال شاهد عدل وشاهد جور •
٨٢٣ - وإذا قلت : شاهد ، اشتمل على مشهود به ، ومشهود له ، ومشهود عليه ، ومشهود عنده •
٨٢٤ - فالمشهود به : الحق المقضي به •
٨٢٥ - والمشهود له : المدعى •
٨٢٦ - والمشهود عليه : المدعى عليه •
٨٢٧ - والمشهود عنده : الحاكم •
وقد تقدم ذكر ذلك إلا المقضي به •

شروط الشاهد

٨٣٠ - ولا يكون شاهدا في الشرع مقبول القول في الحقوق حتى يجتمع فيه شرائط : منها أن يكون بالغا ، ومنها أن يكون عاقلا ، ومنها أن يكون حرا ، ومنها أن يكون مسلما ، ومنها أن يكون عدلا ، ومنها أن يكون عالما بما يشهد به من الحقوق أو في حكم العالم بذلك •

(١) في النسخة المعتمدة : مقبولة في الديات •

شرط البلوغ

شهادة الصبيان في الجراح

- ٨٣١ - أما اعتبار البلوغ في الشاهد فمجمع عليه في سائر الحقوق المحكوم بها ، وهذا قولنا وقول الشافعي ان الصبي لا يقبل قوله في الشهادة على غيره .
وقال مالك تقبل شهادة الصبيان في الجراح قبل أن يفترقوا^(١) .

نقد قول مالك

- ٨٣٢ - ولو قبل قولهم (في الجراح) قبل في غير الجراح .
وقد ذكرنا الخبر القاضى انه عليه الصلاة والسلام قال :
« رفع القلم عن ثلاث : عن الصبي حتى يحتلم » .

شرط العقل

- ٨٣٣ - وأما اعتبار العقل فمجمع عليه ، وقد قال عليه السلام « والمجنون حتى يفيق » وكان المعنى فيه انه غير مكلف فلم يتوجه عليه فرض اقامة الشهادة^(٢) .

شرط الحرية

- ٨٣٤ - وأما اعتبار الحرية في الشهادة فهو قولنا وقول الشافعي ، وهو المروي عن ابن عباس وشريح ومجاهد ومكحول وعطاء وعامر وإياس بن معاوية والحسن (البصري) ورواه عمرو بن شعيب عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه .
٨٣٥ - وقد روى عن علي بن ابي طالب رضى الله عنه انه كان يجيز شهادة العبيد ، وهو قول مالك بن أنس واحمد .
٨٣٦ - وعن ابراهيم انه قال : تجوز شهادة العبيد في الشيء الطفيف .

(١) وقول مالك أحد أقوال في المذهب الحنبلي وان يكن الاصل عند الحنبلية عدم قبول شهادة لصبيان بحال (التحرير في الفقه لابي البركات ٢٨٣/٢ - ٢٨٤) .

(٣) عبارة : وكان المعنى الخ لم ترد في نسخة قليج .

(١) في نسختي منيخ وقليج : في القاضي وسياق الكلام يقتضي ما أثبتناه .

إعادة الشهادات بعد العتق

- ٨٣٧ - قال أصحابنا : وإن شهد وهو عبد فرد الحاكم شهادته لعله الرق
ثم اعتق فأعاد الشهادة جازت وحكم بها الحاكم لأنه لم يردّها للتهمة .
٨٣٨ - وهو قول الشافعي أيضا .

قبول خير العبد في الشرعيات

- ٨٣٩ - واجمعوا على قبول خبره في الشرعيات .

شرط الإسلام

- ٨٤٠ - وأما اعتبار الإسلام في الشاهد ، فهو قولنا وقول عامة الفقهاء إذا
كان المشهود عليه مسلماً ، إلا شيء سمعناه عن الحنابلة أنهم أجازوا شهادة الذمي
على المسلم في الوصية لظاهر الآية (١) .
٨٤١ - وقد روى عن مجاهد وعبيدة السلماني وسعيد بن المسيب وإبراهيم
النخعي « أو إخران من غيركم من المشركين » .
وهو قول ابن عباس .
٨٤٢ - فأما شهادة الكفار بعضهم على بعض فهي جائزة : اختلفت مللهم
أو اتفقت ، لأن الكفر عند أصحابنا ملّة واحدة .
٨٤٣ - وقد روى عن عمرو بن ميمون أنه أجاز شهادة مجوسي على
نصراني أو يهودي . وهو قول ابن سيرين ونافع وإبراهيم ووكيع وحماد
والضحاك .

(١) في منتهى الإرادات في جمع المقتنع مع التنقيح والزيادات لتقني الدين
محمد بن أحمد الفتوح الحنبلي المصري (ج ٢ ص ٦٥٨) أن من شروط الشهادة
« الإسلام فلا تقبل من كافر - ولو على مثله - غير رجلين كتابيين عند عدم
(مسلم) بوصية ميت يسفر مسلم أو كافر » .

وفي المحرر في الفقه لأبي البركات (٢/٢٧٢) : « لا تقبل شهادة الكفارة إلا
بالوصية في السفر ممن حضره الموت من مسلم أو كافر إذا لم يوجد غيره ، وفي
اعتبار كونهم من أهل الكتاب روايتان ، ويحلفهم الحاكم بعد العصر : ما خانوا ولا
ولا حرفوا ، وانها لوصية الرجل » . والآية المشار إليها هي قوله تعالى « أو إخران
من غيركم ، وقد جاء في لسان العرب في مادة شهد أو إخران من غير دينكم من اليهود
والنصارى ، هذا للسفر والضرورة ، إذ لا تجوز شهادة كافر على مسلم إلا في هذا » .

٨٤٤ - وقال قتادة :

لا تجوز شهادة النصراني على اليهودي ، ولا اليهودي على النصراني .

٨٤٥ - وقال ابراهيم (النخعي) :

لا يتوارث اهل ملتين ، ولا تجوز شهادة بعضهم على بعض .

٨٤٦ - وقال أبو سلمة^(١) بن عبد الرحمن :

« لا تجوز شهادة ملة على ملة الا المسلمين وهو قول عطاء بن ابي ربح

والشافعي » .

٨٤٧ - قال أصحابنا :

ولو شهد الذمي على مثله فأسلم المشهود عليه قبل الحكم والقضاء ابطلت

الشهادة ، وان كان بعد الحكم لم تبطل^(٢) ، كما لو فسق الشهود .

٨٤٨ - وهذا في سائر الحقوق كلها انها لا تبطل ، الا الحدود والقتل

العمد والقصاص في النفس وفيما دون النفس فاني ادرأ ذلك ، وادراً عنه القطع

في السرقة واضمنه المال .

٨٤٩ - وقال ابو يوسف : أدرأ عنه القصاص في النفس وفيما دونها ،

واضمنه دية ذلك ، ولا يرجع المشهود عليه بذلك على الشاهدين .

٨٥٠ - ولو أسلم الشاهدان بعد اسلامه وقد قضى القاضي بذلك في الحدود

والقصاص فجدد الشهادة عليه أمضيت القصاص وانفذته ويدراً عنه الحدود .

٨٥١ - وقال الخفاف :

« والقياس عندى ان أمضيه عليه وان أسلم لانهما صارا الى حالة يجوز

شهادتهما عليه » .

٨٥٢ - ولو كان الشاهدان اسلموا اولاً ، ثم أسلم بعد ذلك المشهود عليه

فجددا الشهادة ولم يكن الحاكم ابطلها أمضيت الشهادة والحكم .

٨٥٣ - وقد قال أصحابنا : اذا شهدا على ذمي في حال الكفر فرد الحاكم

(١) في النسخة المعتمدة : أبو سلمة عبد الله .

(٢) جاء في النسخة المعتمدة بعد قوله لم تبطل : لانه جرح من ان يكون

شاهدا يقبل قوله عليه وبعد الحكم لم تبطل .

شهادتهما لاجل التهمة ، ثم أسلما بعد ذلك فأعادا الشهادة به لم تقبل ، لانه ردهما للتهمة •

٨٥٤ - ولو كانت شهادة على مسلم فأبطلها لاجل الكفر ثم أسلما فشهدا بها ، فهو جائز ويحكم بها عندنا وعند الشافعي ، ولا أعلم في ذلك خلافا •

٨٥٥ - ولا فرق بين أن يشهد وهو كافر أو لا يشهد الا بعد الاسلام •

٨٥٦ - وكذلك قال أصحابنا في العبد اذا عتق والصبي اذا بلغ مثل ذلك ، لان الرد لم يكن لاجل التهمة •

٨٥٧ - وسنذكر في باب ما ترد به الشهادة سائر ما ترد به الشهادة ان شاء الله •

في اعتبار العدالة

٨٥٨ - فأما اعتبار العدالة في الشاهد فمجمع عليه عند الفقهاء في الحكم بها وفي قبول خبر الراوى^(١) والعمل به في الشرعيات ، فيحتاج ان يعلم ما العدل ؟ وما الشرائط المعتبرة في الرجل ليكون عدلا ؟

تعريف العدل^(٢)

٨٥٩ - فالعدل في الاصل مصدر ، وهو مقابل للجور ، وحقيقته التسوية بين الامرين أو الخصمين وترك الميل الى أحدهما^(٣) •

(١) جاء في أدب القاضي والماوردي (١٨٥١) أيضا « ان اعتبار العدالة مجمع عليه ، وأضاف الى ذلك ان « الاختلاف في صفة الاعتبار فيهم ، اعتبروها بالظاهر ونحن نعتبرها بالبحث » • أما التسوية في العدالة بين الشاهد والراوى فليست موضع اتفاق في الفقه الشافعي كما ذكر الماوردي في المرجع المذكور (١٨٥٩) •

(٢) وثمة تعريف آخر للعدالة في نظر ، الفكر الاسلامي ورد في كتاب قاضي القضاة عبد الجبار بن احمد المعتزلي فتد عرفت بانها « توفير حق الغير واستيفاء الحق منه » (ص ١٣٢ من شرح الاصول الخمسة)

(٣) في النسخة المعتمدة : الواحد •

٨٦٠ - ولهذا قال الله تعالى :

ولن تستطيعوا أن تعدلوا بين النساء ولو حرصتم ، فلا تميلوا كل الميل^(١) .

٨٦١ - والعدل هو كل فعل تعدى الفاعل ، وسواء كان ضررا بالغير أو

نفعاً له . يقال حكم الحاكم بالعدل بين الخصمين ، وإن كن قد نفع أحدهما وأضر بالآخر .

٨٦٢ - وقد تعورف استعماله في فاعل العدل ، يقال ملك عدل وعادل ،

فعدل ضد الجور وعادل ضد الجائر ، وهو يوضع موضع المدح للشخص ، ولهذا

لا يوصف من عدل بين اثنين في الظلم ، وقسمة اللصوص لما أخذوا أنه عدل

ولا عادل الا بتفسير وتقييد ، وكذلك إذا استوا في القسمة لا يقال عدول .

العدل في عرف أهل الشرع

٨٦٣ - والعدل في عرف أهل الشرع كل مقبول الشهادة على غيره عند

السلطان والحاكم .

شروط العدل

٨٦٤ - ويدخل فيها^(٢) شروط كثيرة منها أن يجتنب الكبائر وما يستخف

بفعله من الأمور ويذهب بالمروءة عند العموم ، لأن مرتكب ذلك فاسق باجماع

المسلمين .

٨٦٥ - والفاسق غير معمول بقوله ، وقد دل القرآن على الثبوت في خبره .

تعريف الفسق

٨٦٦ - والفسق هو الخروج عن الشيء في اللغة^(٣) . وقد جاء في الشرع

مطلقاً لمن فعل الكبائر أنه خارج عن أمر مولاه .

(١) النساء ١٢٩ .

(٢) الضمير يعود الى صفة مقدرة هي : صفة الشاهد العدل .

(٣) في لسان العرب : الفسق العصيان والترك لامر الله عز وجل والخروج

عن طريق الحق فسق فسق ويفسق فسقاً وفُسُوقاً وفُسُوقاً بالضم عن

٨٦٧ - وقد قال تعالى في حق ابليس : « ففسق عن أمر ربه » بمعنى خرج .
٨٦٨ - وقد اختلف في شهادة الكافر على ما ذكرناه ، ولم يختلف في شهادة الفاسق .

٨٦٩ - وسنذكر في باب ما فيه من العلم ان شاء الله عند البلوغ اليه .
٨٧٠ - ومنها أن يكون عادلا في جميع ما يجب العدل فيه على الدوام ،
لانه لا يصح أن يكون عدلا غير العادل .

٨٧١ - ومنها أن لا يكون كاذبا لان الكذب معصية توجب اتهامه في خبره
فلا يحصل الظن بمخبره فلا يكون عدلا .

٨٧٢ - وقد ذكرنا البلوغ والعقل لان به يجتنب المعاصي ويسارع الى الطاعات .

الفسق من طريق الاعتقادات

٨٧٣ - واختلف في الفسق من طريق الاعتقادات هل يمنع قبول الشهادة والخبر أم لا .

فمنهم من قال يمنع وان كان متحرجا في أفعاله ، نافرا من الكذب .
وذهب جل الفقهاء من اصحابنا وغيرهم الى قبول خبره وشهادته .
٨٧٤ - واتفقوا على أن فسقه من طريق الجرح ، وانه يمنع كالزنا والسرقة .

الليثاني أي فجر قال رواه عنه الاحمر ، ولم يعرف الكسائي الضم ، وقيل الفسوق الخروج عن الدين وكذلك الميل الى المعصية ، لما فسق ابليس عن أمر ربه ، وفسق عن أمر ربه أي جار ومال عن طاعته

وحكى شمر عن قطرب : فسق فلان في الدنيا فسقا إذا اتسع فيها ، وهون على نفسه واتسع بركوبه لها ولم يضيقها عليه ، وفسق فلان ماله اذا أهلكه وانفقه ، وقال : انه لفسق أي خروج عن الحق ، أبو الهيثم ورجل فاسق وفسيق وفسق : دائم الفسق ، ويقال في النداء يا فسق يا فسق ولانثى يا فساق مثل قطام يريد يا أيها الفاسق ويا أيها الخبيث قال: أصل الفسق الخروج عن الاستقامة والجور ، وبه سمي العاصي فاسقا .

- ٨٧٥ - وقد قبل الفقهاء رواية الصدر الاول بعد وقوع الفرقة بينهم واختلاف الكلمة وقتل بعضهم لبعض بالتأويل •
- وقبل التابعون جميعا رواية الفريقين جميعا للاحكام •
- ولولا ذلك لما عرفنا ما جرى بصفين والجمل والدار واخبار الدولتين •
- ٨٧٦ - والعدالة شرط في قبول الخبر فكذلك الشهادة •
- ٨٧٧ - وسنذكر في باب الشهادة وما يليها جميع المسائل المتعلقة بهذا الشأن ان شاء الله •

اعتبار العلم بما يشهد به

- ٨٧٨ - وأما اعتبار العلم بما يشهد به الشاهد فمجمع عليه ، وبه ورد القرآن والسنة •
- ٨٧٩ - ولا يحل له الشهادة بغير ما يعلم ، ولا مع الشك فيما شهد به ، ولا مع جهالة المشهود له •
- ٨٨٠ - وقد قال ابو حنيفة رضى الله عنه في الشاهد اذا عرف خطه في الكتاب ولم يتذكر الشهادة انه لا يجوز له أن يشهد بذلك •
- ٨٨١ - واذا شهد فعلم الحاكم لم ينفذ الحكم •
- ٨٨٢ - وقد قال أبو يوسف ومحمد : له أن يشهد اذا عرف الخط ، وكذلك قال أبو حنيفة اذا عرف المجلس ولم يذكر الشهادة •
- ٨٨٣ - وقد روى عن الحسن (البصرى) واخيه سعيد انهما شهدا على شهادة ثم دعي الى اقامتها فتنسها الحسن وذكرها سعيد ، فقال سعيد للحسن : اشهد انا قد شهدنا عليهما أنا وأنت •
- قال : كذلك ؟
- قال : نعم
- فذهب الحسن فشهد معه •
- ٨٨٤ - واذا قد ذكرنا الكلام في صفة الشهود فلنذكر مواضع الشهادة •

باب الموضع الذي يعتبر فيه قول الرجال خاصة

- ٨٨٥ - أما الحدود والقصاص في النفس والطرف والقطع في السرقة وخذ القذف وقاطع الطريق فإنه لا يثبت إلا بشهادة الرجال العذول خاصة .
- ٨٨٦ - ولا يحكم بشهادة الشهود في ذلك إلا بعد المسألة عن عدالتهم .
- ٨٨٧ - وقد ذكرنا في باب ما يعتبر في جواز الشهادة وطريق حصولها ما يعتبر في التزكية ليكون الرجل عدلاً^(١) .
- ٨٨٨ - وهذه الجملة لا خلاف فيها أنها لا تثبت بشهادة النساء ولا بشهادة الرجال والنساء .
- ٨٨٩ - وإذا شهد الرجال والنساء بذلك في القتل الخطأ ثبت المال والدية والضمان في السرقة دون القصاص والقطع .
- ٨٩٠ - ولا يقبل في القتل العمد والقطع العمد شهادة النساء مع الرجال ، وهو قول الشافعي في القتل العمد لا يختلف .
- ٨٩١ - وفي السرقة يثبت المال دون القطع . وكل ما عدا ما ذكرناه فإنه يثبت عندنا بشهادة الرجال والنساء كالنكاح والرجعة والطلاق والعاق على مال ، وسائر ما يثبت عند الحاكم بالرجلين في غير الحدود والقصاص .
- ٨٩٢ - وقول الشافعي لا ينعقد النكاح ولا يثبت ولا الرجعة ولا الطلاق ولا الوكالة ولا الوصية ولا الصلح من دم العمد ولا الكتابة ولا كل ما ليس بمال ولا يؤول إلى مال إلا بالرجال خاصة إلا الرضاع .
- ٨٩٣ - وكان ينبغي له أن لا يثبت الموت والاسلام بشهادة الرجال والنساء ، فإن قالوا ذلك سمع قولهم وادى ذلك إلى أن لا يصلى على مسلم ويرثه الكافر ، ويدفن في مقابر الكفار .
- ٨٩٤ - والأمر عندنا بخلاف ذلك .

(١) إلى هنا تنهى الزيادة الواردة في نسختي منيخ وقلبيج ثم تتفق النسخ الثلاث .

باب شهادة النساء خاصة

وهذا باب ما تقبل به شهادة النساء خاصة .

قال أصحابنا :

- ٨٩٥ - شهادة النساء مقبولة في عيوب النساء ، وما لا يطلع عليه الرجال كالنظر الى فرج المرأة والشهادة انها بكر أو ثيب .
- ٨٩٦ - ولا تقبل شهادة الرجال بذلك ، كما لا تقبل شهادة النساء اذا شهدن انه خصي أو فحل .
- ٨٩٧ - وقبل أبو حنيفة شهادة القابلة وحدها اذا كان هناك حمل ظاهر أو اقرار من الرجل بالحمل ، او كان النكاح بافياً .
- ٨٩٨ - ومتى خلت الشهادة من واحدة من هذه الوجوه لم يقبلها .
- ٨٩٩ - وقبلها أبو يوسف ومحمد .
- ٩٠٠ - وعند الشافعي « لا يقبل أقل من أربع نسوة في هذه المواضع ، وقبل الشافعي »^(١) شهادة النساء وحدهن في الرضاع .
- ٩٠١ - ولم يقبل ذلك أصحابنا حتى يكون معهن رجل فيقبل ذلك .
- ٩٠٢ - وسنذكر في كل كتاب مسأله .
- ٩٠٣ - وقد قبل الجميع قول النساء في الحيض والنفاس والذبيحة واخبار الشرع الواردة في الاحكام فيما يسقط بالشهادة وما لا يسقط .
- ٩٠٤ - وقد ذكرنا ما يجوز ان يتصرف فيه النساء من حقهن وحق غيرهن فيما مضى .
- ٩٠٥ - واذا قد ذكرنا ما يقبل قولهن فيه ، فهذا ما يقبل فيه قول النساء والرجال .

باب ما يقبل من قول النساء

٩٠٦ - اتفق الفقهاء على قبول شهادتهن في البيع والاجارة والرهن والمضاربة

(١) هذه الزيادة من نسخة قليج .

والنصب وسائر ما يجب به المال ، اذا كان ممن رجل ، ولا تقبل شهادتين اذا انفردن وان كثرن في العدد .

٩٠٦ - وعندنا تقبل على كتاب القاضي الى القاضي وفي الاحصان والرجمة والطلاق والعناق والنسب والولاء وسائر ما عدى الحدود والقصاص .

٩٠٨ - وكل موضع قبل فيه كتاب القاضي الى القاضي تقبل فيه شهادة الرجال والنساء .

٩٠٩ - وان شئت قلت : كل موضع تقبل فيه الشهادة على الشهادة يقبل فيه قول الرجال والنساء .

٩١٠ - وقبل الشافعي الشهادة على الشهادة في النكاح والرجمة والكتاب الوارد من القاضي الى القاضي ، ولم يقبل فيه شهادة الرجال والنساء .

٩١١ - وارتكب بعض أصحابه قبول كتاب القاضي ، والشهادة على الشهادة في الحدود والقصاص ، ولم يقبل في ذلك شهادة النساء وان كن قد أقامهن الشرع مقام الرجل في الاموال فاعتبر مذهبنا على أحد الوجهين الذين قد بينا .

٩١٢ - فاما تفريع الشافعي فمختلف ، يقبل في الطلاق^(١) اذا ادعى شهادة الرجال والنساء ولا يقبل في جانب الزوجة اذا ادعى الزوج النكاح ، وفي البيع يقبل في الموضعين ، وفي الرد بالعيب وفي الطلاق على مال يثبت المال ولا يثبت الطلاق الذي يستحق به المال (فتفريعه) على أصوله يحتاج الى عدد المسائل وحفظها .

٩١٣ - وسنذكر في كل كتاب ما خالف فيه ان شاء الله .

٩١٤ - واذا قد ذكرنا قول الرجال والنساء فلنذكر قبول قول العبيد .

باب ما يقبل فيه قول العبيد

وهذا باب ما يقبل فيه قول العبيد .

(١) في نسخة قليج : الصداق .

٩١٥ - اتفق أصحابنا ان قول العبيد يقبل في هلال رمضان ، ودخول وقت الصلاة ، وكون الشاة ذكية او ميتة ، ونجاسة الماء ، والاذن في دخول الدار بقوله ، وقبول الهدية على يده ، ووجوب العمل بما رواه عن النبي صلى الله عليه وسلم والائمة من أحكام الشرع ، وقبول فتواه في الشرعيات ، وقبول قوله في التزكية ، وقبول امامته في الصلاة كالأحرار .

١٩٦ - واجاز أبو حنيفة امانه اذا اذن له مولاه .

٩١٧ - وقال الشافعي يجوز بغير اذن مولاه ، وهو قول ابي يوسف ومحمد .

٩١٨ - واجاز الجميع طلاقه بغير اذن مولاه ، وانه في (الحنث) كالحر في الايمان ، والظهر والقتل والسرقة والافرار بما يجب به اتلاف نفسه او عضو منه ، وامتنعوا من قبول شهادته في الاموال .

٩١٩ - وقد ذكرنا فيما تقدم ان علياً رضي الله عنه قبل شهادة العبد ، وهو قول مالك بن انس وابراهيم قبلها في الشيء الطفيف .

٩٢٠ - واتفقوا على انه والحر سواء في الصلوات والصيام .

٩٢١ - واختلفوا في نكاحه بغير اذن مولاه : فاجازه مالك ، ولم يجزئه أصحابنا والشافعي .

٩٢٢ - وانه في الكفارة بغير المال مثل الحر العاجز عن المال .

٩٢٣ - واختار أصحابنا اجباره على النكاح ولم يجزه الشافعي وان كان مكلفاً .

٩٢٤ - وفي الصغير اختلف اصحابه .

٩٢٥ - واختلف في قتل الحر به فعندنا هما سواء .

٩٢٦ - وعند الشافعي لا يقتل به الحر .

٩٢٧ - وسيجيء في كل كتاب ما فيه من المسائل ان شاء الله .

٩٢٨ - واذا قد ذكرنا ذلك فلنذكر من ظاهره العدالة :

باب من ظاهره العدالة

- وهذا باب ما يقبل فيه قول من ظاهره العدالة •
- ٩٢٩ - قال أبو حنيفة : ويقبل قول من ظاهرة العدالة في الشهادة في سائر الحقوق المالية أو ما يجري مجراها إلا أن يطعن فيه الخصم ، فيسئل عنه سرا ويزكا في العلانية •
- ٩٣٠ - وقال أبو يوسف ومحمد : يقبل قوله حتى يشك فيه ، كما في الحدود •
- ٩٣١ - وهو قول الشافعي ^(١) •
- ٩٣٢ - واتفق الفريقان على أنه يعتد بحضوره النكاح ، ويكفي في ذلك عدالة الظاهر •
- ٩٣٣ - ومن أصحابنا من قال لا يعتد ، وخبره مقبول في الشرعيات •
- ٩٣٤ - وسائر ما يقبل فيه قول العبد يقبل قوله فيه •
- ٩٣٥ - وهو كالعبد عند الجميع في الوصية • وولاية النكاح •
- ٩٣٦ - وإذا حكمه رجلان جاز أن يحكم بينهما •
- ٩٣٧ - وفي جواز الصلوة خلفه وقبول فتواه والرجوع إلى تعريفه في الشهادة وخبره في العزل والولاية ورؤية الهلال واحكام آخر تمر ^(٢) في الكتاب في مواضعها •
- وإذا قد ذكرنا قول العدل وقول من ظاهره العدالة (فلنذكر ما يقبل قول الفاسق فيه) •

باب ما يقبل قول الفاسق فيه

- ٩٣٨ - ويقبل قول الفاسق على نفسه في سائر العقود والحقوق والحدود ، ويعتد البيع له وغيره بقوله ، وكذلك سائر العقود •

(١) أدب القاضي للماوردي (١٨٣٢ وما بعده) •

(٢) في نسخة قليج : ترى •

٩٣٩ - وقال الشافعي : ان كان العقد في حق نفسه صح بقوله ، وان كان في حق غيره لم يقبل في النكاح وقبل في سائر العقود اذا كان وكيلا .

شهادة الفاسق على النكاح

٩٤٠ - وعندنا ينعقد النكاح بشهادة الفاسق وعند الشافعي لا ينعقد .

إمامة الفاسق في الصلاة

٩٤١ - ويصح امامة الفاسق في الجمعة وغيرها عندنا وعند الشافعي .

٩٤٢ - وقال مالك لا يصح أن يؤم الفاسق العدل في الصلوة .

٩٤٣ - ولا يقبل قوله في الشهادة على الحقوق لا أنا حكمنا بكذبه وانما ردنا شهادته لانه لم يوجد شرط قبول شهادته ، لانه تعالى قال « ممن ترضون من الشهداء »^(١) وقال :

« فتبينوا ان تصيبوا قوما بجهالة »^(٢) .

٩٤٤ - وقد قبل اصحابنا قوله في رد الطينة ، وامتناع الخصوم من الحضور وعملوا على قوله في قبول الهدية ، وقبلوا قوله في نجاسة الماء وطهارة الثوب وكون الشاة ذكية أو ميتة والاذن في دخول الدار وقال الجميع لو شهد عند الحاكم فرد شهادته ثم تاب واصلح وادى الشهادة انه تقبل كما يقبل قول الصبي وفرقوا بينه وبين الكافر والعبد ، انها تقبل اذا اعادها .

٩٤٥ - وقالوا يجوز ان يكون وصيا ووكيلا .

٩٤٦ - واجاز الجميع اماه لاهل الحرب وانه في ذلك كالعدل .

(١) سورة البقرة ٢٨٢ .

(٢) سورة الحجرات ٤٩ .

٩٤٧ - واتفقوا على انه لو تحمل شهادة وهو فاسق وانها هو عدل انها
تقبل ويحكم بها .

٩٤٨ - وانه في الحدود والعقود مثل العدل .

٩٤٩ - وسنذكر في باب الحجر ما يؤثر فيه النسق ولا يؤثر لانه اشبه
موضع بذكره .

٩٥٠ - واذا قد ذكرنا حكم الشهود ، اذا كملت صفاتهم وعددهم فلنذكر
صفاتهم وحكمهم اذا نقصوا .

باب الشاهد واليمين^(١)

وهذا باب ذكر الشاهد واليمين وما يقضى به فيه .

٩٥١ - اتفق اصحابنا جميعا على انه لا يقضى بشاهد ويمين الطالب في
شيء من الحقوق كائنا ما كان ذلك الحق .

٩٥٢ - وهو قول الشعبي وابراهيم (النخعي) والزهرى^(٢) .

٩٥٣ - وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال شاهدك أو يمينه
ليس لك الا ذلك ، رواه الجماعة وتلقته الامة بالقبول .
وقال الشافعي يقبل الشاهد ويمين الطالب^(٣) .

(١) جاء في الموطا تحت عنوان «القضاء باليمين مع الشاهدة» قال يحيى ،
قال مالك ، عن جعفر بن محمد عن أبيه ، ان رسول الله (ص) قضى باليمين مع
الشاهد . وعن مالك عن أبي الزناد ان عمر بن عبدالعزيز كتب الى عبد الحميد
ابن عبد الرحمن بن زيد بن الخطاب وهو عامل على الكوفة « ان اقض باليمين مع
الشاهد قال مالك : مضت السنة في القضاء باليمين مع الشاهد الواحد ،
يحلف صاحب الحق مع شاهده ويستحق حقه ، فان نكل وأبى أن يحلف
احلف المطلوب ، فان حلف سقط عنه ذلك الحق ، فان أبى ان يحلف ثبت عليه
الحق لصاحبه ، قال مالك وانما يكون ذلك في الاموال خاصة ، ولا يقع ذلك في شيء
من الحدود ، ولا في نكاح ولا في طلاق ، ولا في عتاقة ولا في سرقة ولا في فرية .
(٢) وقول زيد بن علي وابن شبرمة والامام يحيى (طرق القضاء للمرحوم
احمد ابراهيم ابراهيم ص ٢٧١) .

(٣) قال بذلك أيضا مالك واحمد واهل الحجاز (طرق القضاء للمرحوم
احمد ابراهيم ابراهيم ص ٢٦٩) وفي هذا الكتاب مناقشة حجج الفريقين .

٩٥٤ - وقال البيهقي على المدعى واليمين على المدعى عليه ، ولو كان الحكم يجوز بشاهد ويمين لما قصر الله تعالى الشهادة على رجلين أو رجل وامرأتين^(١) .
 الا ترى انه لما جاز بقول اثنين لم يحتج الى بيان ما زاد على ذلك .
 ٩٥٥ - وقد طعن اصحاب الحديث في حديث الشاهد واليمين فحملوه على كل طريق ممكن^(٢) .

٩٥٦ - والاصل ان مال الغير لا يجوز ان يقبل فيه قول غيره ، ويسلم الى المدعى الا في موضع اتفق الناس عليه ، ولم يتفق على الشاهد الواحد واليمين فان اليمين قول المدعى فلا يقضى له^(٣) .

(١) رد ابن تيمية على هذه الحجة بقوله : ان القرآن لم يذكر الشاهدين والرجل والمرأتين في طرق الحكم التي يحكم بها الحاكم ، وانما ذكر هذين النوعين من البيئات في الطرق التي يحفظ بها الانسان حقة . قال تعالى « يا ايها الذين آمنوا اذا تدانتم بدين الى اجل مسمى فاكتبوه ، وليكتب بينكم كاتب بالعدل ، ولا يأب كاتب ان يكتب كما علمه الله ... » واستشهدوا شهيدين من رجالكم فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترجسون من الشهداء فامرههم سبحانه بحفظ حقوقهم بالكتاب ... ثم امر من له الحق ان يستشهد ... وما تحفظ به الحقوق شيء وما يحكم به الحاكم شيء آخر (طرق القضاء لاحمد ابراهيم ابراهيم ، ص ٢٧٣) .

(٢) وردت هذه الحجج في التبيين فقد جاء ان ما رواه الشافعي من حديث ان النبي قضى بشاهد ويمين « ضعيف رده يحيى بن معين فلا يعارض ما روينا ، ولانه يرويه ربيعة عن سهيل بن أبي صالح وانكره سهيل فلا يبقى حجة بعد ما أنكره الراوي فضلا ان يكون معارضا للمشاهير ولانه يحتمل أن يكون معناه قضى تارة بشاهد يعني بجنسه وتارة يمين فلا دلالة فيه على الجمع بينهما الخ » .
 واحتج للشافعي ومن معه بأن احاديث القضاء بشاهد ويمين قد رواها جمع عظيم من الصحابة واشتهرت بين المحدثين ، وروى كثير منها في الكتب السنة ما عدا صحيح البخاري ، واما حديث البيهقي على المدعى فلم يروه أحد من اصحاب الكتب الستة ، واما انكار سهيل الحديث الذي رواه عنه ربيعة فسببه انه اصاب سهيلا علة اذهبت بعض عقله ونسى حديثه ، فهو انما قال لا احفظه ولا أتذكره وهذا لا يضرنا بعد ان ثبتت رواية الحديث من طرق أخرى عديدة بعضها صحيح ورجاله كلهم ثقات (طرق القضاء لاحمد ابراهيم ابراهيم ، ص ٢٧١ - ٢٧٢) .
 (٣) وهكذا نجد ان السمناني مزج قواعد الاثبات بقواعد الكسب دون سبب

٩٥٧ - قال الشافعي : واليئة يبتان بيئة كاملة عدد الشهود لا يحلف معها وبينه ناقصة العدد في المال يحلف مقيمها معها .

٩٥٨ - قال : وكل ما كان من مال تحول من مالك الى مالك غيره حتى يصير فيه مثله أو مثل معناه قضى فيه باليمين مع الشاهد ، وكذلك كل ما وجب مال من قتل أو جرح لا قصاص فيه ، أو اقرار أو غير ذلك مما يوجب المال .

٩٥٩ - قال : ولو اتى قوم بشاهد ان لا يهيم على فلان جفا أو ان فلانا قد اوصى لهم ، فمن حلف منهم مع شاهده استحق موروته أو وصيته دون من لم يحلف .

٩٦٠ - فان كان فيهم معنوه وقف حقه حتى يعقل فيحلف أو يموت فيقوم وارثه مقامه فيحلف ويستحق .

٩٦١ - ولا يستحق اخ يمين أخيه .

٩٦٢ - وليس الغريم والموصى له في معنى الوارث في شيء .

٩٦٣ - ولو أقام شاهدا انه سرق له متاعا من حرز يساوى ما تقطع فيه اليد حلف مع شاهده واستحق المال ، ولا تقطع اليد لان الحد ليس بمال .
كرجل قال امرأتى طالق وعبدى حر ان كنت غصبت فلانا هذا العبد فشهد له عليه بنصبه شاهد واحد ، فيحلف ويستحق الغصب ولا يثبت عليه الطلاق ولا العتاق لانه ليس بحكم الحد حكم المال .

٩٦٤ - قال : ولو أقام شاهدا على جارية انها له ، وابنها ولد منه حلف وقضى له بالجارية وكانت أم ولده باقراره ، لان أم الولد مملوكة ولا يقضى له بالابن لانه لا يملكه على انه ابنه .

فاستخرج هذه القاعدة عن طريق التحليل العقلي والتركيب بين نظامين أحدهما مشتق من قواعد الاثبات والاخر متسلسل من القواعد العامة في الكسب دون سبب ، وفى هذا ايضا ما يؤيد ان مبدأ لكسب دون سبب يصدر قى الفقه الاسلامي عن قاعدة عامة لا عن تطبيقات جزئية محصورة ، ولولا ذلك لما صبح هذا المزج بين النظامين المذكورين واستخراج الاصل المذكور .

٩٦٥ - قال المزني : وقد قال في موضع اخر يأخذها وولدها ويكون ابنه •

قال المزني وهذا ابنه بقوله الذي لم يختلف وهو قوله لو أقام شاهدا على عبد في يدي اخر سرقة انه كان عبدا له فاعتقه ثم غصبه هذا بعد العتق انه يحلف ويأخذه ويكون مولاه وهو لا يأخذ مولاه على أن يسترقه كما لا يأخذ ابنه على انه يسترقه ، فاذا اجازه في المولى لزمه في الابن •

٩٦٦ - قال ولو أقام شاهدا ان اباه تصدق بهذه الدار عليه صدقة محرمة موقوفة ، وعلى اخوين له ، فاذا انقضوا فعلى اولادهم او على المساكين فمن حلف منهم ثبت حقه وصار ما بقي ميراثا •

وان حلفوا معا خرجت الدار من مال صاحبها وصارت الى من جعلت له حياته ومضى الحكم لهم فيها •

وان جاء بعدهم ممن وقفت عليه اذا ماتوا فقام مقام الوارث وان لم يحلف الا واحد فنصيبه منها وهو الثلث صدقة على ما شهد به شاهده ثم نصيبه على من تصدق به ابوه عليه بعده وبعد اخويه •

٩٦٧ - واعترض المزني على الشافعي وقال ان من قوله ان الموقوف عليه لا يملك رقبة الوقف ، وانما يملك المنفعة ، فكيف يحلف من لا ملك له في الرقبة ؟ وقد قال ان عبدا لو ادعى على سيده انه اعتق واقام عليه شاهدا واحدا ان العبد لا يحلف مع شاهده لانه لا يملك ما كان يملكه السيد من رقبته ، فكذلك ينبغي ان يكون قوله في الوقف ، وافسد تفريع صاحبه في الباب بعد ان ذكر جملة الفروع له ، وبالع في الرد عليه •

٩٦٨ - وتفريع العمل على الشاهد واليمين لا يستقيم لانه يعمل به في موضع دون آخر ، ويختلف جنبه المحكوم به في ذلك اختلافا شديدا والصواب عندنا - والله اعلم - ان الحكم لا يجوز به •

٩٦٩ - وقد اختلف أصحابنا اذا حكم الحاكم به هل ينقض حكمه أم لا ؟ فمنهم من نقضه ومنهم من لا ينقضه •

٩٧٠ - وسنفرد بابا فيما ينقض فيه قضاء القاضي ولا ينقض وما يخله وما لا يخله ان شاء الله .

٩٧١ - واذا قد ذكرنا ما يقضى به من طريق معرفة الشاهد وعلمه فلنذكر ما يسمع من غيره .

باب ما يقبل فيه شهادة الاستفاضة من الأشياء (١)

٩٧٢ - اعلم ان منها مسائل اجمع الفقهاء على قبول شهادة الاستفاضة فيها ومسائل اختلفوا فيها .

٩٧٢ - فاما المسائل التي اجمعوا على قبول شهادة الاستفاضة فيها فمنها : النسب فانه يجوز ان يشهد بنسب لم يدركه ، لانا نشهد ان محمدا النبي صلى الله عليه وسلم (هو) ابن عبدالله وابا بكر (هو) ابن قحافة وعمر (هو) ابن الخطاب وعثمان (هو) ابن عفان وعلي (هو) ابن ابي طالب رضى الله عنهم ، ولم ندرك ذلك ولا شهدنا الاباء ولا البنين .

٩٧٣ - ولا فرق بين النسب الى الاب او الى الام لانا نشهد ان الحسين والحسين (هما) ابنا فاطمة عليهم السلام .

٩٧٤ - ومن رأى رجلا ينسب الى فلان بن فلان وهو لم يشاهد المنسوب اليه ولكنه سمع الناس يقولون ذلك وسعه الشهادة له بالنسب .

٩٧٥ - ولو رأى رجلا يقول انا ابن فلان الفلاني لم يسمعه ان يشهد

(١) في لسان العرب في مادة فيض : فاض الحديث والخبر واستفاض ذاع وانتشر ، وحديث مستفيض ذائع ، ومستفاض قد استفاضوه أي أخذوا فيه ، وإياها أكثرهم حتى يقال مستفاض فيه ، وبعضهم يقول استفاضوه فهو مستفاض التهذيب ، وحديث مستفاض مأخوذ فيه ، قد استفاضوه أي أخذوا فيه ، ومن قال مستفيض فانه يقول ذائع في الناس مثل الماء المستفيض ، قال أبو منصور قال الفراء والأصمعي وابن السكيت وعامة أهل اللغة : لا يقال حديث مستفاض وهو لحن عندهم وكلام الخاص حديث مستفيض منتشر شائع في الناس .

له بالنسب حتى يسمع ذلك من العامة ويظهر الخبر بذلك بين الناس من غير
تواطؤ. •

٩٧٦ - ولو نزل بين قوم وهم لا يعرفونه فقال : انا فلان بن فلان لم
يسمعهم ان يشهدوا له (بالنسب) حتى تقع معرفة ما قال في قلوبهم •

٩٧٧ - وقد حد بعض اصحابنا ذلك بان يقيم معهم سنة •

٩٧٨ - وان وقع ذلك في قلوبهم قبل السنة لم يسمعهم ان يشهدوا بنسبه •

٩٧٩ - وقال محمد : لا تسمعهم الشهادة حتى يسمع ذلك من رجلين عدلين
من أهل البلدة التي هي بلده^(١) •

الشهادة على الموت

٩٨٠ - والشهادة على الموت : تثبت بالاستفاضة كالنسب •

٩٨١ - واذا شهدوا انه وارثه لا يعلمون له وارثا غيره قضيت له بالميراث •

٩٨٢ - واذا قضيت بنسب الى رجل وحكمت بميراثه ثم قامت بينة انه فلان
ابن فلان « الفلاني »^(٢) نسبه الى أب آخر غير الذي نسبه اليه الاول وانه عصبته
ووارثه لم يعلموا وارثا غيره لم اقبل الشهادة ولم احول نسبه عن الاول ، ولا من
محتد^(٣) الى غيره ولا من عشيرة الى غيرها اذا كان الاول محكوما به •

٩٨٣ - ولا يكلف الشهود أن يقولوا انه لا وارث لفلان غير هذا لانه
غيب ، وقولهم لا نعلم يكفي في الشهادة •

(١) في نسخة قليج : من أهل بلده •

(٢) الزيادة من نسخة قليج •

(٣) في لسان العرب المحتد الاصل والطبع ورجع الى محتده اذا فعل شيئا
من المعروف ثم رجع عنه •

٩٨٤ - وان قالوا : لا نعلم له وارثا في العراق غير فلان ، فالشهادة جائزة عند ابي حنيفة ، وقال أبو يوسف ومحمد لا تجوز حتى ينهوا الشهادة ويقولون لا يعلمون .

٩٨٥ - ويجوز للجيران ولمن عرف انسانا ان يشهد انه ابن فلان ، لان الشهادة على النسب بالسماع المتواتر جائزة ، ويسعه ان يشهد بقول النساء والخادم ومن لا يعرف بعدالة ويرجع الى ذلك لان قول هؤلاء في الخبر المستفيض والعدول سواء .

٩٨٦ - وقال بعض اصحابنا لا يسعه أن يشهد بمعرفة المرأة ونسبها حتى يدخل عليها ، وعندها جماعة نساء ممن يثق بهن فيقتلن هذه فلانة بنت فلان ثم يتركها اياما ثم ينظر اليها بحضرة نسوة اخر فيعرفنه اياها كما عرفنه (في) الاولى ويتردد اليها شهرين او ثلاثة ، فاذا وقعت معرفتها في قلبه بقول رجال ونساء (١) شهد لها بذلك وعليها .

شهادة الشهود على معرفة النساء في مدينة السلام

٩٨٧ - ورأيت الشهود بمدينة السلام يشهدون على معرفة النساء بقول العامة والدلائل ويشهدون بين يدي شيخنا قاضي القضاة رحمه الله ، فيقولون : - نشهد - اطال الله بقاء سيدنا السيد الاجل الامام الاوحد قاضي القضاة - على اقرار فلانة بنت فلان ، وقد عرفتها بعينها واسمها ونسبها ، وما رجعوا الا الى من ذكرناه في التعريف .

قبول الاستفاضة على الولاية والخلع

٩٨٨ - وتقبل الاستفاضة على الولاية والعزل والخلع لان بذلك تعرف الولايات وكثير لا يشهد بيعة ولا خلعا .

(١) في نسخة قليج : يقول شهد رجال ونساء بذلك وعليها .

فصل

الشهادة على موت إنسان

٩٨٩- فإذا أخبر الشاهد بالموت رجل أو امرأة ثقة ، وقالوا نحن عاينا موت فلان ، وسعه الشهادة بموته ، ولا يسعه أن يشهد على ما يصنع أهل من نعى إليهم أنه مات حتى يخبر بذلك من شهد موته ، فيجوز أن يشهد •
وليس كل من شهدنا بموته عاينا ذلك لأننا نشهد بموت الصحابة رضي الله عنهم والعلماء ولم نر ذلك •

فصل

الشهادة على النكاح بالسماع

٩٩٠- ويجوز أن يشهد بنكاح لم يحضره ان فلانة زوجة فلان وان فلانا زوج فلانة بالسماع من الجيران ممن يعرف امرهم ، كما يشهد ان عائشة (ر) زوجة النبي (ص) وان عليا زوج فاطمة وان عمر زوج بنتها ام كلثوم رضي الله عنهم أجمعين ، وان لم يشاهدوا ذلك ، الا ترى ان الغائب يقدم فيقال له قد تزوج فلان بفلانة ويمضي على ذلك الشهور الا يشهد لها بالنكاح ؟

٩٩١- وكذلك الصغير يكبر فلو كان بينهما ولد ينسب إليهما اما يشهد بنسبه إليهما ؟

٩٩٢- كل ذلك يجوز ان يشهد به •

٩٩٣- وهذا لا خلاف فيه بين الناس نعلمه •

إدعاء رجلين نكاح امرأة

٩٩٤- قال أصحابنا : وإذا ادعى رجلان نكاح امرأة فأقرت لاحدهما فهي امرأته ، فان اقام الآخر البينة انها امرأته قضيت بها له وابطلت اقرارها للاول •
٩٩٥- وان اقاما بينة لكل واحد انها امرأته فهي لصاحب الوقت الاول اذا وقتا ، وان لم يوقتا لم أحكم بها لواحد منهما •

٩٩٦ - وقد قال اصحابنا : انها اذا كانت فى منزل احدهما وتحت يده واليئة مطلقة فصاحب اليد اولى .

٩٩٧ - وقد اختلف اصحابنا اذا وقت أحدهما ولم يوقت الاخر فى الملك ، انه يقضى للذى لم يوقت عند أبي حنيفة ، وقال أبو يوسف يقضى لصاحب الوقت .

٩٩٨ - وسنذكر هذه المسألة واشباهها فى الدعوى ان شاء الله .

تنازع على نكاح امرأة

٩٩٩ - واذا ادعى نكاح امرأة وهى تجحد فأقام بينة وقضى له بها ، فجاء رجل آخر واقام البينة على مثل ذلك لم احكم بها له وهى زوجة للاول الا ان يوقت وقتا قبل وقت الذى قضى بها له ، وهى لصاحب الوقت الاقدم منهما .

الشهادة على المعاملات

١٠٠٠ - وقال اصحابنا : ولا تجوز الشهادة على الغنى والطلاق والقتل والنصب والجراحات والبيع والديون وما يدور بين الناس من المعاملات الا بمعاينة أو اقرار .

الولاء المشهور

١٠٠١ - واختلف اصحابنا فى الولاء المشهور ، فلم يقبل أبو حنيفة ومحمد فيه الاستفاضة وجعلاه كالعتق .

١٠٠٢ - وقال أبو يوسف تجوز كالنصب .

لا ينقل الولاء بعد ثبوته

١٠٠٣ - واذا ثبت الولاء من رجل بان شهد الشهود انه مولاه الذى اعتقه

وقد مات ففضى له بالولاء والميراث فلو حضر آخر فادعاه ولاءه وشهد له الشهود انه مولاه لم يقض بهذه البيعة ولم ينقل الولاء بعد نبوته كما لا ينقل النسب بعد نبوته .

فصل الملك المشهور الخ

١٠٠٤ - وقال أصحابنا : لا تجوز الاستفاضة في الملك المشهور ، وقبل ذلك الشافعي .

١٠٠٥ - وفي الوقف المشهور خلاف برواية عن ابي يوسف انه يقبل في الملك انما هو لمن يتصرف في ذلك بالبيع والعقود والاجارة والارث والوصية ، ١٠٠٦ - وقال أبو حنيفة : اذا رايت الدار في يد رجل او الثوب أو الدابة وسعت ان تشهد ان ذلك له بظاهر اليد .

١٠٠٧ - واختلف اصحاب الشافعي في اليد هل تدل على الملك ام لا ؟ فمنهم من قال تدل على الملك . ومنهم من قال لا تدل على ذلك .

١٠٠٨ - ولو كانت اليد لا تدل (على الملك) لما سمعت الدعوى على من في يده الشيء وجعل القول قوله في ذلك .

١٠٠٩ - وقال محمد عن ابي حنيفة في الجامع الصغير . اذا رأى الشاهد في يد انسان شيئا وسمعه ان يشهد له بالملك الا العبد والامة .

١٠١٠ - وقال أبو يوسف لا يسمع ذلك حتى يقع في قلب الشاهد ذلك ، ولم يفرق في الامالى^(١) بين الحيوان والرقيق .

١٠١١ - وقال الخفاف :

اذا شهد من ادرك الملك ولم يعاين المالك كامرأة لا تخرج ولا يراها الرجال ، فان كان ذلك مشهورا عند العوام فالشهادة على ذلك جائزة ، وان لم

(١) في نسخة قليج : الاملاء .

يكن الملك والمالك مشهورا لم تجز الشهادة على ملك ذلك الا أن يشهد من عاين الشيء في يده .

١٠١٢ - وان شهد على الملك من لم يعاين الملك ، ولكن عاين من ينسب اليه الشيء فرأى المالك^(١) لم تجز له الشهادة ، انما تجوز الشهادة اذا كان الشاهد قد عاين الدار ولم يعاين المالك اذا كن مشهورا في الاستحسان ، وفي القياس لا يجوز ذلك .

١٠١٣ - وقد ارتكب بعض اصحاب الشافعي ان العقود تثبت بالاستفاضة ، ولو ثبت ذلك بالاستفاضة لما اعتبر علم الشاهد في شيء من الشهادات .

١٠١٤ - واذ قد ذكرنا حكم ما يشهد به الشاهد من طريق العلم وما يثبت من طريق الاستفاضة وجب ذكر الشهادة وما يعتبر في جوازها وطريق حصولها وما يعتبر في التزكية .

باب الشهادة وما يعتبر في جوازها وطريق حصولها والتزكية

- وهذا باب الشهادة وما يعتبر في جوازها وطريق حصولها والتزكية .
١٠١٥ - وقد كان الواجب ان يذكر هذا الباب في أول ابواب الشهادات الا انا اخرناه لانه كلام في الطريق الى معرفة ما قدمناه .

١٠١٦ - وقد ذكرنا صفة اصحاب المسائل عن الشهود فيما تقدم ، وذكرنا صفة العدل وبيننا من ذلك في اول الابواب المقدمة ما فيه كفاية .

١٠١٧ - ونحن نذكر في هذا ما قاله العلماء وشرطوه في جواز قبوله .
وقد قال اهل العلم ومن صنف في هذا الشأن اقوالا كثيرة ، ونحن نجكي في هذا الباب جملا منها مقصوره يبين بها الغرض ان شاء الله .

١٠١٨ - فقال ابراهيم النخعي :

(١) جملة « فرأى المالك » لم ترد في نسخة قليج .

العدل في المسلمين من لم يطعن عليه في بطن ولا فرج •
١٠١٩ - وقال الشعبي :

شهادة الرجل جائزة ما لم يضرب حدا أو يعلم عليه فرية^(١) في دينه •
١٠٢٠ - وقد روى عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه انه سأل رجلا عن رجل فقال له : ما علمت عنه الا خيرا ، فقال له : حسبك •

١٠٢١ - وعن شريح انه قال لخصم ايت ؟ شهود عدل فانا قد امرنا بالعدل وأنت فاسأل عنه ، فان قالوا الله أعلم به فهم يعرفون^(٢) ان يقولوا انه مريب ولا تجوز شهادة مريب ، وان قالوا ما علمناه الا عدلا مسلما فهو ان شاء الله كذلك وتجاوز شهادته •

١٠٢٢ - وكان الحسن يجوز شهادة المسلمين الا ان يجرح الخصم الشاهد •
١٠٢٣ - وروى عن الحسن ان رجلا اتاه فقال ان اياس بن معاوية رد شهادتي •

فقام معه الحسن فقال ما منعك وروى يالكع !

لم رددت شهادة هذا ؟ اما بلغك ان رسول الله (ص) قال : من استقبل قبلتنا واكل ذبيحتنا فذلك المسلم •

قال : ايها الشيخ ان الله يقول « فمن ترضون من الشهداء » وان هذا ممن ليس يرضى من الشهداء قال محمد بن الحسن فخصم اياس الحسن •
١٠٢٤ - وقد روى الحذاء^(٣) ان اياس بن معاوية قضى في يوم قضية ماصيرا^(٤) فيها يمين ولا سأل فيها بيعة •

(١) هكنا اجتهدنا في قرائتها ولعلها : خربة • والفرية الكذب والخربة سرقة الابل وكل خيانة او هي الفساد في الدين •

(٢) كذا في جميع النسخ ولعلها : فهم يعرضون انه مريب •

(٣) يستفاد من كتاب أخبار القضاة لوكيع (٣١٧/١) ان خاله الحذاء كان

فقيها مشاورا لقاضي البصرة اياس بن معاوية بن قرة المزني •

(٤) كذا في جميع النسخ ولعلها ما سئع •

من كتاب عمر بن الخطاب إلى أبي موسى الأشعري

١٠٢٥ - وقد روى ان عمر بن الخطاب رضى الله عنه كتب الى ابي موسى:
« المسلمون عدول بعضهم على بعض الا مجلودا في حد او مجربا عليه
شهادة زور أو ظنينا في ولاء أو قرابة »^(١) .

١٠٢٦ - وقد روى عن محمد بن عبدالرحمن الموصلي^(٢) .
انه قال :

قلت لاياس بن معاوية : اخبرت انك لا تجيز شهادة الاشراف بالعراق ولا
التجار الذين يركبون البحر ؟

قال : أجل ، أما الذين يركبون البحر ، فانهم يركبون الى الهند حتى
يفرر بدينهم ويمكنوا عدوهم منهم من أجل طمع الدنيا فعرفت ان هؤلاء ان اعطى
أحدهم درهمين في شهادتهم لم يتخرج بعد تغريزهم بدينه .

واما الذين يتجرون في قرى فارس فانهم يطعمونهم الربا وهم يعلمون ،
أفاجيز شهادة اكلة الربا ؟

واما الاشراف فان الاشراف بالعراق اذا نابت احدا منهم نائبة اتى الى سيد
قومه فشهد له ، وشفع ، وقد كنت ارسلت الى عبد الاعلى بن عبدالله بن عامر الا
يأتى بشهادة .

(١) أصل هذه الفقرة من رسالة عمر حديث المسلمون عدول بعضهم على
بعض الا مجلودا في قرية وقد أورد الماوردي في أدب القاضي هذه النبذة من رسالة
عمر واحتج بها وقال : وهذا عهد عمل به المسلمون وتلقوه بالقبول فصار كالأجماع
(بند ١٨٤٠) انظر ايضا كتابنا نصوص قانونية وشرعية ، ص ١٤٣-١٤٥ وحجج
تيان في التشكك من صحة هذه الرسالة في كتابة تاريخ التنظيم القضائي في ديار
الاسلام ، ص ٨٧-٨٢ .

(٢) جاء في أخبار القضاة لوكيع (٣٥٩/١) « حدثني أحمد بن علي قال
حدثنا ابن وهب ، عن عبدالله بن لهيعة ، عن محمد بن عبدالرحمن القرشي الخ ، » .

وقد كان علي بن موسى يجيز شهادة أهل الاهواء ويراهم أهلاً لها
إذا ادخلهم في الهوى الدين الا الخطابية فان بعضهم يقبل يمين بعض ويشهد له
فلا اجيز شهادة هؤلاء ، وهو قول ابي حنيفة وابي يوسف ، وقالوا بجواز
الشهادة في هذا على النكاح^(٢) .

- ١٠٢٧ - وقد روى عن ابن شبرمة انه قال :
- ثلاث لم يعمل بها احد قبلي ولا يتركهن أحد بعدى :
- المسئلة عن الشهود في السر
 - وانبات حجج الخصمين
 - وتحلية الشهود في المسألة^(٣) .

طريق معرفة العدل

أو التزكية

١٠٢٨ - وطريق معرفة العدل انما هو سؤال القاضي عنه .

(١) الخطابية فرقة غالية ذهبت الى القول بالوهبة الائمة من آل البيت
وكان زعيمهم أبو الخطاب محمد بن أبي زينب الأسدي الاجدع يقول بالوهبة
ابي عبدالله جعفر بن محمد الصادق ، وقد جاء في الملل والنحل للشهرستاني أن
الصادق تبرأ منه ولعنه ، وأخبر أصحابه بالبرائة منه ، وشدد القول في ذلك . .
فلما اعتزل عنه ادعى الأمر لنفسه . زعم أبو الخطاب ان الائمة انبياء ثم آلهة ،
وقال بالاهية جعفر بن محمد والاهية آبائه ، وهم أبناء الله وأحباؤه ، والالهية نور
في النبوة ، والنبوة نور في الامامة ، ولا يخلو العالم من هذه الآثار والانوار ، زعم
أن جعفرًا هو الاله في زمانه ، وليس هو المحسوس الذي يروونه ولكنه لما نزل الى
هذا العالم لبس تلك الصورة فرآه الناس فيها ، ولما وقف عيسى بن موسى صاحب
المنصور على خبث دعوته قتله بسبخة الكوفة وافتרכת الخطابية بعده فرقا الخ ،
(الملل والنحل ٣/٣٠٠ وما بعدها) .

- (٢) كذا في النسخ والظاهر ان صواب الجملة : جواز شهادة هؤلاء .
- (٣) في أدب القاضي للماوردي (١٨٦٩) وقد حكى عن ابن شبرمة انه قال :
- « شيثان ما عمل بهما قبلي ، ولا يتركهما بعدى أحد ، ولم يذكر اثبات حجج
الخصمين .

١٠٢٩ - وقد ذكرنا صفة اصحاب المسائل فيما تقدم ، وههنا نذكر كيفية المسئلة .

١٠٣٠ - قال اصحابنا : يسئل في السر ، عن انسابهم وحلاهم ومجالسهم فيسئل أهل الثقة والامانة من جيرانهم ممن يصلح لذلك ، وليس كل عدل يصلح ان يسئل عن الشهود لانه قد يكون عدلا فيه غفلة ، فاذا سئل فقول هو عدل جائز الشهادة اخبر القاضي بذلك في السر فيقبل القاضي ما يأتيه من التعديل في قول ابي حنيفة وابي يوسف .

١٠٣١ - وقال أبو حنيفة رجلان افضل ، وقال محمد لا يقبل الا رجلين ، وهو قول الشافعي .

١٠٣٢ - والرأى للقاضي ان يستظهر برجل آخر في المسائل ، فاذا اتاه الاول بشيء من أمر الشهود دفع الى الآخر ايضا اسماء الشهود وأمره بالمسئلة ولم يعلمه بما جاء به الاول ، فان اتفقا اخذ به وأمر الطالب ان يأتي بقوم يعدلونهم في العلانية فاذا فعل ذلك اخضر الخصم والشهود ثم يسأل المعدلين عن رجل من الشهود عن اسمه واسم ابيه وعدالته فاذا بينوا ذلك اخذ بشهادتهم .

١٠٣٣ - وانما يعدل في العلانية لئلا يقع اسم على اسم فلهذا وجب في العلانية .

١٠٣٤ - واذا اختلف اصحاب المسائل على الشاهد فاتي هذا بما تقبل معه الشهادة وهذا بما يوجب الرد امتحن القاضي ذلك بنفسه ، ونظر ما السبب في ذلك فان صح احد الامرين امضاه واذا لم يكن في الجيران من يصلح للمسئلة سأل من في اسواقهم ممن يصلح لذلك .

١٠٣٥ - وان كانت الشهادة بحد او قصاص سأل الجيران ذلك ويبحث واستقصى المسئلة في معرفة ذلك .

١٠٣٦ - واذا لم تثبت العدالة عنده بالمسئلة قال للطالب : زدني شهودا ولا يعرفه القدرح في شهوده .

١٠٣٧ - فان قال الطالب :

- شهودى هم عدول ، وعدى من يزكيهم من العدول ، واتى بذلك اعاد
القاضى المسئلة وكشف عنهم وعن من جرحهم *
١٠٣٨ - فاذا عرف الجرح حكم به وقدمه على التعديل لانه زيادة علم
بحال الشهود *

١٠٣٩ - واذا عدله اثنان فما زاد وجرحه واحد فالتعديل اولى *
١٠٤٠ - فان جرحه اثنان وعدله مائة فالجرح اولى عندنا ، وهو قول
الشافعى أيضا *

١٠٤١ - واذا عدله واحد وجرحه واحد فالجرح اولى *

١٠٤٢ - وقال الشافعى لا يحكم بواحد منهما *

١٠٤٣ - ولا يجب بيان سبب الجرح عند اصحابنا جميعا ، ويكفى ان يقول
ليس بعدل *

١٠٤٤ - وقال الشافعى ينبغي بيان ما جرحه به لانه ربما يكون ذلك لا
يوجب رد شهادته *

واذا ثبتت العدالة فقال الشهود بالتزكية ليس هو عدل كلفا بيان ما يبطل
العدالة من افعاله *

١٠٤٥ - وذكر ذلك الخفاف عن محمد بن الحسن وعندنا لا يحكم
بالفسق وعنده يحكم *

١٠٤٦ - واذا شهد على المطلوب بالحق شهود فاقام المطلوب بينة ان الطالب
استأجرهم ليشهدوا له بهذه الشهادة لم يقبل من بينه المطلوب ، وهنا تهاتر عند
ابى حنيفة ويقبل غيره وترد الشهادة *

١٠٤٧ - وقبل ابو حنيفة تعديل الولد لوالده والوالد لولده ، وكل ذى
رحم فانه يقبل تعديله لرحمه *

- ١٠٤٨ - وقال الشافعي يعمل في العدالة والفسق بعلمه .
- ١٠٤٩ - واذا جهل اسلامه لم يحكم حتى يستل عن اسلامه ، ولا يعمل باسلامه بظاهر الدار كما يعمل في اللقيط باسلامه بظاهر الدار لان النبي صلى الله عليه وسلم سأل الاعرابي عن اسلامه لما شهد برؤية شهر رمضان^(١) .
- ١٠٥٠ - ويرجع في اسلامه الى قوله ، كما رجع النبي عليه السلام الى قول الاعرابي وهذا قول الجميع .

اثبات الحرية عند جهل القاضي بها

- ١٠٥١ - واذا جهل حرية ، او قال المشهود عليه هما عبدان ، فقالا نحن احرار لم نملك قط لم يقبل الشهادة عندنا حتى تثبت الحرية . ولو كان يسأل عن حريتها فاخبر بذلك ثقة تفذت الشهادة عند بعض اصحابنا واختار القول الاول الخصاف .
- ١٠٥٢ - وقال اصحاب الشافعي في ذلك وجهان احدهما انه يقبل قولهما لان الظاهر من الدار حرية اهلها كما ان الظاهر الاسلام ؟ ثم ثبت الاسلام بقوله كذلك الحرية ، والوجه الثاني قالوا وهو الاظهر انها لا تثبت بقولهما كما قلنا ، قالوا لانه يملك الاسلام اذا كان كافرا بقوله ولا يملك ان يصير حرا بقوله اذا كان عبدا ، ولا يحكم لمجهول العدالة لانه لا يؤمن فيه الفسق .

فصل

- ١٠٥٣ - واذا عرفت عدالته كتب اسمه وكنيته وصنفته وسوقه ومسكنه حتى لا يشتبه بغيره ، ويذكر من شهد له حتى لا يكون ممن لا تقبل شهادته له من

(١) جاء في أدب القاضي للماوردي ان أعرابيا شهد عند رسول الله (ص) برؤية الهلال فقال له : أتشهد ان لا اله الا الله وان محمدا رسول الله ؟ قال نعم ، فأمر بلالا ان ينادي في الناس من الغد ، ولم يسأل عن عدالته وعمل على الظاهر من حالة (١٨٣٨) .

والد أو ولد ، ويذكر من شهد عليه حتى لا يكون ممن لا تجوز شهادته عليه ، ويذكر قدر ما شهد به لانه قد يكون ممن يقبل قوله في قليل ولا يقبل في كثير

فصل

١٠٥٤ - واختلف اصحاب الشافعى هل يحكم القاضى فى الجرح والتعديل باصحاب المسائل او بمن عدل او جرح من الجيران ؟

فقال أبو اسحق يحكم بشهادة الجيران لانهم يشهدون بالجرح والتعديل ، قال فعلى هذا يجوز ان يقصر على الواحد من اصحاب المسائل ويجوز بلفظ الخبر ، ويسمى للحاكم من عدل أو جرح ، ثم يسمع الشهادة بالجرح والتعديل من الجيران على شرط الشهادة فى العدد ولفظ الشهادة ، وحمل لفظ الشافعى فى العدد على الجيران •

١٠٥٥ - وقال الاصطخرى يحكم بشهادة اصحاب المسائل لان الجيران لا يلزمهم الحضور ، فعلى هذا لا يكون اصحاب المسائل اقل من اثنين ويجوز ان يكون من اخبرهم من الجيران واحدا ، اذا وقع فى نفوسهم صدقه ، ويجب ان يشهد اصحاب المسائل عند القاضى على طريق الشهادة ، ولفظ الشهادة • وحمل قول الشافعى فى العدد على أصحاب المسائل •

١٠٥٦ - وان بحث باثنين فعادوا بالجرح حكم بالجرح وان عادوا بالتعديل حكم بالتعديل ، وان عاد واحد بالجرح وعاد الاخر بالتعديل لم يحكم بالتعديل ولا بالجرح بقول واحد منهما^(١) •

١٠٥٧ - قال بعض اصحابنا :

- ويكفى ان يقول الشاهد هو عدل فى قبول شهادته •

١٠٥٨ - وقال الشافعى لا يقبل فى التعديل حتى يقول عدل لى وعلى •

(١) فى نسخة منيخ لم يحكم بقول واحد منهما فى جرح ولا تعديل •

١٠٥٩ - ومن أصحابه من قال : يكفي قوله عدل ، كما قلناه ، وهو الاصطخرى لان قوله عدل يقتضى ان يكون عدلا له وعليه

١٠٦٠ - وما ذكره الشافعى على سبيل الاستحسان (١) .

١٠٦١ - ومنهم من قال هو شرط ، وهو أبو اسحق لان قوله عدل لا يقتضى العدالة .

١٠٦٢ - ولا يقبل التعديل الا ممن تقدمت معرفته وطالت صحبته وخبرته بالشاهد لان المقصود معرفة العدالة من الباطن ، ولا يعرف ذلك لمن لم تقدم صحبته ، وفي الجرح يقبل ممن تقدمت صحبته وممن تأخرت منه المعرفة .

١٠٦٣ - ويعد المسئلة عن الشهود بعد اشهر او سنة اذا كثرت شهاداتهم ، فان ذلك احوط .

١٠٦٤ - وقد قال اصحاب الشافعى اذا اعاد الشهادة فى مدة قريبة لم يسأل عن الشاهد وان طال الزمان فيه وجهان : احدهما لا يجب لان الاصل بقاء العدالة والثانى انه يجوز ان يتغير بطول الزمان الحال فلا يحكم حتى يسأل .

نقد قاضى القضاة لتهاونه فى إعادة السؤال عن شهوده

١٠٦٥ - وقد رأينا شيوخ شيخنا قاضى القضاة رحمه الله وقد طال بهم وبه الزمان وهم شهوده لا يسئل عنهم ولا يبحث .

فصل

١٠٦٦ - قال ابو يوسف اذا أقام الرجل عند قوم ستة أشهر لم يظهر منه الا الصلاح وسعهم ان يعدلوه ، ثم رجع وقال : لا يعدلونه حتى يقيم سنة كاملة فان فى ذلك تبيين امره .

١٠٦٧ - والعدلان الميزان اذا عدلا رجلا عند رجل وسمعه أن يعدله اذا وقع فى قلبه انهما صادقان وليس الرجل اكثر حالا من القاضى .

(١) فى نسخة قليج : الاستحباب .

١٠٦٨ - ويقبل ذلك أيضا من رجل وامرأتين ، ولا يسأل من النساء الا من تعرف الإحوال وتخالط القاضى فاما من هي فى البيوت فلا •

فصل

طعن الخصم فى عدالة الشهود

١٠٦٩ - واذا شهد عند^(١) القاضى رجال فقال الخصم : انا أقيم بينة عندك انهم عيب أو فساق أو محدودون فى قذف أو فيهم مانع يمنع الشهادة على ، وأتى بشهود فشهدوا بذلك قبل ذلك واخرجهم من العدالة •

١٠٧٠ - ولو شهدوا بأمر قديم يجوز أن يتأب منه ويصفح لم يقبل ذلك ، ولم يخرجهم من العدالة ، وإن كان فى أمر يسير قبل ذلك •

فصل

تعديل المشهود عليه الشهود

١٠٧١ - واذا شهد على رجل بحق فعده الشهود عليه ، قال أبو حنيفة : ان كان بعد الشهادة فقال هم عدول على ولى امضى الحاكم الحكم ، وإن كان قبل الشهادة عليه ثم أنكر ما شهدوا لم ينفذ عليه ، وسأل عنهم ، فإن عدلوا انفذ الحكم وإن عدل احدهما بعد الشهادة وقال قد غلط على لم يقبل تعديله وكان للحاكم ان يسأل •

١٠٧٢ - ولو انه قال : ما شهد به فلان أو هما على حق أو هو الحق اجاز الشهادة ولم يسئل عن الآخر •

١٠٧٣ - وإن كان قال ذلك قبل الشهادة وقال ما ظننت انه يشهد على الا بالحق وقد شهد باطل فإن القاضى يسأل ولا يقبل قوله الاول ، وهو قول زفر والحسن بن زياد •

١٠٧٤ - وإن شهدا بما ادعاه الخصم فقال بعد ذلك هما عدلان فيما شهدا به على او جاترا الشهادة لى وعلى انفذ ذلك ولا يسأل عنهما •

(١) فى نسخة منيخ : واذا عدل •

١٠٧٤ - وقال ابو يوسف لا يجزى بذلك فان عدلا انفذ الحكم والا رده ذكره في الامالى كذا ورواه الخفاف في أدبه .

١٠٧٥ - ولأصحاب الشافعى وجهان : الأول يقبل تعديل الخصم والثاني لا يقبل من غير تفصيل ذكروه لان المسئلة حق له فاذا اسقطها نفذ الحكم عليه والثاني ان التعديل حق الله تعالى ولا يجوز الحكم له بالعدالة بقول المدعى عليه وحده .

١٠٧٦ - وان قال الخصم المدعى عليه : شهدا على بالحق ، أو هذه الشهادة حق أو صدقا فيما شهدا به ، أو هما صادقان فى هذه الشهادة التى شهدا بها انفذ الحكم بقوله ، ولا يحتاج الى أن يسأل لان هذا اقرار منه .

فصل

العدل

١٠٧٧ - واذا كانت اكثر امور الانسان حسنة فهو عدل اذا لم يرتكب كبيرة ، وان كان قد ارتكب كبيرة وتاب واصلح قبلت شهادته فى قول ابى يوسف ١٠٧٨ - وقال غيره اذا كان الرجل ملازما للجماعة مؤديا للفرائض ، ومعروفا بصدق المعاملة مؤديا للامانة ، صدوق اللسان فهو عدل ، وان كانت منه السقطة من الصغائر يستغفر منها ولا يعود الى مثلها فهو عدل .

١٠٧٩ - واذا شهد عند الحاكم الشهود وارتاب منهم فله ان يسألهم عن تحمل الشهادة ويفرقهم ويسأل كل واحد منهم على الانفراد عن صفة التحمل ، ومكانه وزمانه ، لما روى ان أربعة شهدوا على امرأة بالزنا عند دانيال عليه السلام ففرقهم وسألهم فاختلفوا فدعا عليهم فنزلت عليهم نار فاحرقهم (١) .

١٠٨٠ - فان فرقهم فاختلفوا سقطت شهادتهم وان اتفقوا فالمستحب ان يعظمهم

(١) اشار الماوردي في أدب القاضي الى ماروى عن دانيال (النبىة ١٨٧٩)

فقد روى ابو حنيفة قال : كنت عند محارب بن دثار^(١) وهو قاضى الكوفة فجاءه رجل وادعى على رجل حقا فأنكره ، فاحضر المدعى شاهدين فشهدا له ، فقال المشهود عليه : والذي تقوم به السموات والارض لقد كذبا على فى الشهادة ، وكان محارب بن دثار متكئا فاستوى جالسا وقال :

- سمعت ابن عمر يقول : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول :
« ان الطير لتحقق اجنحتها وترمى بما فى حواصلها من هول يوم القيامة ، وان شاهد الزور لا تزول قدماء حتى يتبوا مقعده من النار ، فان صدقما فأثبتا وان كذبتما فنفطيا رأسيكما وانصرفا »
نفطيا رأسيهما وانصرفا^(٢) .

فصل

- ١٠٨١ - ويقبل فى تزكية السر العبد والمحدود فى البذف والمرأة ومن ظاهره العدالة لانه خبر كما قبلوا فى هلال رمضان ، ولم يقبلوا فى شهادة العلانية الا شهادة من تجوز شهادته بالحقوق أما رجلان أو رجل وامرأتان .
١٠٨٢ - وقد ذكرنا فيما تقدم خلاف الشافعى .
١٠٨٣ - واذا قد ذكرنا الشهادة وما يعتبر فى جوازها وجب ان نذكر ما ترد به شهادة الشاهد .

باب ما ترد به شهادة الشاهد

- وهذا باب ما ترد به شهادة الشاهد مما اتفق عليه واختلف فيه :
١٠٨٤ - اتفق علماء الامصار على أن الفسق يمنع قبول الشهادة وانه اذا فسق الشاهد لم يجوز للمحاكم الحكم بها .

(١) سبقت ترجمته .

(٢) وردت هذه الرواية فى أدب القاضى للماوردي ايضا (النبذة ١٨٨٤) .

الحكم بشهادة الفاسق

- ١٠٨٥ - وحكى القدورى رحمه الله فى التجريد فى مسئلة ولاية الفاسق ان من اصحابنا من قال اذا حكم بشهادته نفذ حكمه .

نقد

- ١٠٨٦ - وهذا قول يردده الاجماع ويدفعه النظر ، لان شرط قبول قول الشاهد يقف على وجود العدالة ورضاء المسلمين عن الشهود ، والفاسق غير مرضى ولا عدل فلا يجوز الحكم بشهادته ، والحاكم اذا حكم بذلك مع العلم فقد فسق وخرج من الحكم ، وفساد هذا القول اوضح من تكلف الدلالة عليه .

شهادة الماخن

- ١٠٨٧ - وترد شهادة من يكتر الكذب ويتظاهر بالمجون والفجور ويكثر البحث فى المذاهب والمقالات .
- ١٠٨٨ - وكذلك اذا تظاهر بالمذاهب الردية والبدع الظاهرة .
- ١٠٨٩ - وترد شهادة من يلعب بالحمام ويطيرها من المواضع^(١) ومن يناطح بالاكباش والحيوان كله ويقامر .

شهادة لاعب الشطرنج

- ١٠٩٠ - ورد اصحابنا شهادة من يلعب بالشطرنج .
- ١٠٩١ - وقال الشافعى لا ترد شهادته بذلك ، وحكى الخصاف فى المفصل^(٢) انه اذا كان لا يقطع ذلك عن الصلاة ولا يشغله عن الدين ولا يكتر الحلف عليه ولا يقامر فشهادته جائزة .

(١) كان شريح القاضى لا يعجز شهادة صاحب حمام ولا حمام (تاريخ القضاة لوكيع ٢/٣٠٨) .

(٢) فى نسخة قليج : فى ادبه للقضاء .

- ١٠٩٢ - وقال انه يرد شهادة من ترك صلوة الجماعة ثلاثا من غير تأويل .
- ١٠٩٣ - وترد شهادة من يشتم الصحابة رضى الله عنهم .
- ١٠٩٤ - قال ابو يوسف لان شتم الجيران يمنع قبول الشهادة فشتم الصحابة رضى الله عنهم اولى (ان ترد به الشهادة) .
- ١٠٩٥ - وترد شهادة شارب الخمر ومن يسكر من النبيذ لانه بذلك يفسق .
- ١٠٩٦ - وترد شهادة من يلعب بالملاهي .
- ١٠٩٧ - وقال الخفاف : اذا كان يلعب بهذه الملاهي ولا تشغله عن الطاعات ولا ينسب اهلها الى المجانة والفجور واقفال الصلاح عليه اغلب قبلت شهادته .
- ١٠٩٨ - وترد شهادته بخصلة واحدة من الفسق ، ولا تقبل شهادته حتى يكون عدلا فى افعاله ، ولا يقرف بريبة .
- ١٠٩٩ - وترد شهادة من يكثر منه الكذب الفاحش ولا يتحفظ فى أقواله وان كان يقع منه فى البدرات^(١) والخير عليه أغلب قبلت شهادته ، هكذا ذكر الخفاف .
- ١١٠٠ - وترد شهادة النائح والنائحة ، والمغنى والمغنية ، ومن يقطع الطريق ويتلصص ، وأهل العvisية ، والعاشر ، وأكل الربا ومرتكب الربا ، ومن يلو ط بالصبيان والنساء .
- ١١٠١ - وقال ابو يوسف : من يتهم بشتم الصحابة رضى الله عنهم لا يمنع من قبول قوله الا ان يقولوا سمعناه يشتم الصحابة .
- ١١٠٢ - ولو قالوا هو متهم بالفجور لم يقبل قوله .

(١) ان هذه اللفظة تحتل ان تكون بالنون أو بالياء فان تكن بالنون فلفظة ندر الشيء ندورا تعنى سقط من جوف شيء او من بين اشياء فظهر ٠٠٠ ونوادى الكلام ما شذ وخرج من الجمهور ، ولقيته ندرة وفى الندرة مفتوحتين ، وندرى وفى ندرى والندرى وفى الندرى محركات : اى بين الايام ، وندر عنه من ماله كذا أخرجه والشيء اسقطه (القاموس المحيط) وأما بدر بالياء فتدل على الاسراع يقال بدرت الى الشيء ابدر بدورا واستبقنا البدرى اى مبادرين (لسان العرب) .

وذكر في الفرق بينهما ان من يتهم بذلك في الشتم فقد أثبت له
العدالة ، والشتم لا يقبل الا بالسمع واذا قالوا يتهم بالفجور فما اثبتوا له العدالة
١١٠٣ - وترد شهادة من لا يؤدي زكاته وصدقه .

فصل

١١٠٤ - ولا ترد شهادة الاخ لاخته وهو قول عروة بن الزبير وابن سيرين
والشعبي وابراهيم (النخعي) وقادة ، وهو قول الشافعي واصحابنا^(١) .
١١٠٥ - وقال الحسن (بن زياد اللؤلؤي) لا تجوز شهادة الاخ لاخته ،
وهو قول مالك لان القصاص يجري بينهما فهو كالاجنبي ، وليس من حيث لم
تجر مناكحة الاخ لاخته ينبغي ان لا تقبل شهادته كما لو شهد لام زوجته وبنته .

فصل

من لا تجوز شهادتهم

١١٠٦ - روت عائشة رضى الله عنها عن النبي (ص) انه قال : لا تجوز
شهادة الابن لايه ، ولا الاب لابنه ولا المرأة لزوجها ولا الزوج للمرأة ولا الاجير
لمن استأجره ولا السيد لعبده ولا العبد لسيدته ولا الشريك لشريكه .
١١٠٧ - وذكره الخصاص ، وهو قول ابراهيم (النخعي) وشريح (القاضي) .
١١٠٨ - وكان الشعبي لا يجيز شهادة الرجل لابنه ، ولا شهادة المرأة
لزوجها ، ويجيز شهادة الابن لايه والرجل لامرأته .
١١٠٩ - وكان سفيان (الثوري) يرى جواز شهادة الرجل لامرأته ولا يجيز
شهادتها له .

(١) كان شريح أيضا يجيز شهادة الاخ لانيه (تاريخ القضاة لوكيع
٢٥٢/٢) .

- ١١١٠ - وروى عن شريح انه اجاز شهادة زوج واب •
- ١١١١ - واتفق اصحابنا على أنه لا يجوز شهادة الوالد لولده ، ولا الولد لوالده ولا أحد الزوجين لصاحبه ولا المكاتب لمولاه ، ولا المولى له ، وكذلك المدبر وام الولد ، والمتق بعضه ولا لولد ولده وان سفلوا ، ولا فرق بين ولد البنت وبين ولد (الابن) ^(١) ولا لاجداده ولا جداته من قبل ابيه ومن قبل امه •
- ١١١٢ - وازاز الشافعي شهادة الزوج لزوجته وكذلك الزوجة لزوجها لانه ليست بينهما عvisية •
- ١١١٣ - ونحن نقول بينهما سبب يوجب التوارث من غير حجب كالولادة •
- ١١١٤ - وقد اجاز بعضهم شهادة الوالد لولده والولد لوالده وان سفلوا وعلوا ، وهو قول المزني وابي نور من اصحاب الشافعي •
- ١١١٥ - وقد روى عنه عليه السلام انه قال :
- انت ومالك لايتك •
- ولانه منهم فجرى مجرى الشهادة لنفسه فلا تقبل •

فصل

١١١٦ - وقالوا : لا تقبل شهادة من لامرؤة له كالقوال والرقاص ، ومن يضحك الناس ويسخرون منه ^(٢) ومن يمشي مكشوف الرأس والبدن في المواضع التي لا يعتاد أهلها ذلك ، ويأكل في الاسواق بحضرة الناس ، لان المرؤة من الانسانية ، لانها مشتقة من المرأ ، وقد روى ابو مسعود البصري ^(٣) عن النبي

- (١) في نسخة قليج : ولا فرق بين ولد البنين والبنات •
- (٢) في نسخة قليج : ويسخر به •
- (٣) في ترجمته اضطراب اشير اليه في اسد الغابة (٢٩٧/٥) وجاء فيه :
 ابو مسعود غير منسوب اورده ابو بكر بن ابي علي على ان لم يكن البصري فقيره • • ورجح ابن الاثير ان ابا مسعود البصري هو ابن عمرو بن ثعلبة ثم من بني عبد عوف بن الحارث بن الخزرج وانه عرف بالبصري لانه سكن أو نزل ماء بدر وشهد العقبة ولم يشهد بدرا عند أكثر أهل السير وقبل شهد بدرا •
 كان أحدث من شهد العقبة سنا (اسد الغابة ٢٩٦/٥) •

(ص) انه قال « مما ادرك من النبوة الاولى اذا لم تستح فاضع ما شئت » ولان من لا يستقيح اقيح لا يستقيح الكذب فلا يوثق بقوله .

فصل

١١١٧ - واختلف في شهادة اصحاب الصنائع الدنية كالكناس والزبال والحجام والقيم في الحمام والتخال اذا حسنت طريقتهن في الدين ، فمنهم من قال لا تقبل شهادتهن لدنائهن في صناعتهم .

١١١٨ - وهو احد الوجهين لاصحاب الشافعي .
والوجه الثاني: انها تقبل لانه قال تعالى: «ان اكرمكم عند الله اتقاكم»^(١) ولان هذه صناعات مباحة ، وبالناس اليها حاجة ، وعلى هذا كثير من اصحابنا^(٢) .
١١١٩ - وكره اصحابنا شهادة النخاس والصيرفي وتجار الاسواق ، وردوا شهادة من يكثر الحلف منهم على ما يبيعه ويشتره .

١١٢٠ - فاما من استقام منهم في الطريقة وعرف بصدق اللهجة في بيعه وشرائه فليست الصناعة بضائرة له ، ولولا ذلك لما عرفنا بشهادتهم قيم الدواب والوانى وعيوب الحيوان ، ولا بد في كل صنعة من مستور وصالح مستقيم ، وعلى هذه الاحوال وجد الناس بعضهم بعضا .

فصل

اللعب بالشطرنج

١١٢١ - قال الشافعي : واذا لعب بالشطرنج على عوض نظرت : فان اخرج كل واحد منهما مالا على ان من غلب منهما اخذ المال ، فهو قمار تسقط به العدالة وترد به الشهادة .

وان اخرج واحد منهما مالا على انه ان غلب احدهما (فهو) له ، وان

(١) الحجرات ١٣/٤٩ .

غلب صاحبه اخذ المال ، لم يصح القيد ، لانه ليس من الات الحرب فلا يصح بذل العوض فيه ، ولا ترد الشهادة لانه ليس بقمار ، قالوا لان القمار هو ان لا يخلو احد من ان يغرم او يغرم وهما احدهما يغرم ولا يغرم ، وهذا عندنا هو القمار [لان القمار هو] أن يغرم أحدهما ولا يغرم .

١١٢٢ - قالوا وان اشتغل به عن الصلوة في وقتها مع العلم ، فان لم يتكرر ذلك منه ^(١) لم ترد شهادته ، وان أكثر منه ردت شهادته لانه من الصفائر ، وفرق بين قليلها وكثيرها .

١١٢٣ - قالوا : ان ترك فيه المروءة بأن لعب على الطريق أو تكلم في لعبها بسخف من الكلام او اشتغل به الليل والنهار ردت شهادته لتركه المروءة .

١١٢٤ - قالوا : وقد لعب به ابن عباس وابن الزبير وابو هريرة وسعيد بن المسيب وان سعيد بن جبير كان يلعب مزويًا ^(٢) ؟

١١٢٥ - قال اصحابنا : هذا لعب لا حاجة بنا اليه في الدين ولا الدنيا ، فهو كاربعة عشر . وقد قل الله تعالى : « انما الخمر والميسر » الآية ^(٣) والميسر هو القمار ^(٤) .

١١٢٦ - وقد روى عن علي بن ابي طالب رضى الله عنه انه مر بقوم يلعبون فتلا قوله تعالى : « يعكفون على أصنام لهم » ^(٥) .

١١٢٧ - واختلف أصحاب الشافعي في النرد فمنهم من قال انه حرام وترد به الشهادة ، وقال أبو اسحق هو كالشطرنج .

١١٢٨ - وقد روى ابو موسى الاشعري عن النبي (ص) انه قال : من لعب بالنرد فقد عصى الله ورسوله .

(١) في نسخة قليج فان لم يكثر ذلك منه

(٢) كذا وفي نسخة قليج : يلعب من وراء .

(٣) المائدة ٩٠/٣٦ .

(٤) في لسان العرب : قامر الرجل مقامرة وقمارا راهنه وهو التقامر والقمار والمقامرة وتقامروا لعبوا القمار وقميرك الذي يقامرك عن ابن جنى وجمعه أقمار ، عنه ايضا وهو شاذ .

(٥) الاعراف ١٣٨/٧ .

وروى ابو بريده ان رسول الله (ص) قال :
 « من لعب بالتردشير ^(١) فكأنما غمس يده في لحم الخنزير ودمه ، ولان
 المعول فيه على ما يخرج الفص فاشبه الازلام ^(٢) » .
 ١١٢٩ - قالوا : ويخالف الشطرنج فان المعول عليه على رأيه ، وهذا
 لا يصح لان الرد يحتاج مع العصي الى رأى ووضع ومعرفة بالنقل واليسوت ،
 ويخلف اللعب به كالشطرنج سواء .

(١) في لسان العرب : الترد معروف شيء يلعب به فارسي مغرب وليس
 بعربي وهو التردشير . . . وشير بمعنى حلو ولم يرد في المغرب للجواليقي زيادة
 على هذا .

(٢) جاء في لسان العرب في مادة زلم : والزلم والزلم القدح الذي
 لا ريش عليه ، والجمع ازلام ، الجوهرى : الزلم بالتحريك القدح . قال الشاعر :
 بات يقاسيها غلام كالزلم ليس براعي ابل ولا غنم
 قال : وكذلك الزلم بضم الزاي والجمع الازلام ، وهي السهام التي كان اهل
 الجاهلية يستقسمون بها ، وزلم القدح سواء ولينه ، وزلم الرمح أدارها وأخذ
 من حروفها . . . وفي التنزيل العزيز : « وان تستقسموا بالازم ذلكم فسق » .
 قال الازهرى : . . . الازلام كانت لقريش في الجاهلية مكتوب عليها : أمر ونهي ،
 وافعل ولا تفعل ، قد زلت وسويت ووضع في الكعبة يقوم بها سدنة البيت فاذا
 أراد رجل سفرا أو نكاحا أتى السادن فقال : اخرج لي زلما فيخرجه وينظر اليه ،
 فاذا خرج قدح الأمر مضى على ما عزم عليه ، وان خرج قدح النهي فقد عما أراد ،
 وربما كان مع الرجل زلمان وضعهما في قرابة ، فاذا أراد الاستقسام أخرج احدهما ،
 وجاء في مادة قسم : استقسموا بالقداح قسموا الجزور على مقدار حظوظهم
 منها ، الزجاج في قوله تعالى : « وان تستقسموا بالازلام » قال موضح ان رفع ،
 المعنى وحرم عليكم الاستقسام بالازلام ، والازلام سهام كانت لاهل الجاهلية مكتوب
 على بعضها : أمرني ربي ، وعلى بعضها : نهاني ربي ، فاذا أراد الرجل سفرا أو
 أمرا ضرب تلك القداح ، فان خرج السهم الذي عليه امرني ربي مضى لحاجته ،
 وان خرج السهم الذي عليه نهاني ربي ، لم يمض في أمره ، فاعلم الله عز وجل ان
 ذلك حرام ، قال الازهرى : ومعنى قوله : « وان تستقسموا بالازلام » أي تطلبوا
 من جهة الازلام ما قسم لكم من أحد الامرين . . . [و] الازلام قداح الأمر والنهي
 لاقداح المبسر ، قال : وقد قال المؤرخ وجماعة من أهل اللغة ان الازلام قداح
 المبسر ، قال وهو وهم . . . وفي حديث الفتوح : دخل البيت فرأى ابراهيم
 واسماعيل بأيديهما الازلام فقال : « قاتلهما الله ، والله لقد علموا انهما لم يستقسما
 بها قط » .

١١٣٠- وقالوا : لا يجوز اللعب بالاربعة عشر ولم يختلفوا ، فهذه الجملة حكوها في هذا الباب •

فصل

شرب قليل من النبيذ

١١٣١- واختلف أصحاب الشافعي فيمن شرب قليلا من النبيذ ، فمنهم من قال ان كان يعتقد بحرمة فسق وردت شهادته ، ومنهم من قال لا يفسق ولا ترد شهادته كما قلناه ، قالوا وهو المذهب لان استحلال الشيء اعظم من فعله بدليل من استحلال الربا كفر ولا يكفر من فعله ، فاذا لم ترد شهادة المستحل فمن لا يستحل اولى •

١١٣٢- واختلفوا في وجوب الحد عليه مع قبول شهادته ، فقال المزني لا يجب الحد كما لا ترد الشهادة به ، وقال غيره منهم: يجب لانه يردع عن الشرب ويحتاج الى رادع كالخمر ، وهذا لا يصح لان [شارب] الخمر يفسق ويكفر المستحل ، وكيف يجب الحد بأمر مختلف فيه والاجتهاد فيه يسوغ •

فصل

المغني بغير آلة

١١٣٣- قد قلنا انه لا تقبل شهادة المغني لما ورد عن ابن مسعود عن النبي (ص) انه قال : الغناء ينبت النفاق (?) في القلب كما ينبت الماء البقل •

١١٣٤- واذا كان بغير آلة مطربة فليس بمحرم •

١١٣٥- وقد روى ان النبي (ص) مر بجارية لحسان وهي تقول :

هل على ويحكما ان لهوت من حرج ؟

فقال (ص) لاحرج ان شاء الله •

وروى عن عائشة رضي الله عنها انها قالت :

كان عندي جارتان تغنيان فدخل أبو بكر (ر) فقال : مزموه الشيطان في بيت رسول الله ! (ص) فقال رسول الله (ص) : دعها فانها ايام عيد .

ترنم عمر بن الخطاب في بيته

١١٣٦ - فان غنى لنفسه او سمع غناء جارية ولم يكتر منه لم ترد شهادته لان عمر بن الخطاب (ر) كان اذا خلا في داره ترنم بالبيت والبيتين .
وانه مر عليه عبد الرحمن بن عوف وهو يترنم فقال :
- اسمعني يا عبد الرحمن ؟

فقال : نعم .

فقال : انا اذا خلونا في بناء لنا^(١) نقول كما يقول الناس .
وروى عن ابي الدرداء^(٢) وهو من زهاد الصحابة وفقهائها انه قال : اني لأجمل قلبي بشيء من الباطل استعين به على الحق .

(١) في نسخة قليج : في منازلنا .

(٢) هو عويمر بن مالك بن زيد بن قيس بن أمية بن عامر بن عدي بن كعب بن الخزرج بن الحارث بن الخزرج وقبل اسمه عامر بن مالك وعويمر لقبه كان فقيها عالما حكيما أخى رسول الله (ص) بينه وبين سلمان الفارسي . قال عنه النبي (ص) عويمر حكيم أمي . وولي أبو الدرداء قضاء دمشق في خلافة عثمان وتوفي قبل ان يقتل عثمان بسنتين (اسد الغابة ١٨٥/٥ - ١٨٦) وقد اشتهر عويمر بكنيته وروى عنه أنس بن مالك ، وفضالة بن عبيد وابو امامة وعبد الله ابن عمر وابن عباس أو أبو اذريس الخولاني وجبير بن نفير وابن المسيب وغيرهم ومن حكمه المأثورة انه مر على رجل قد اصاب ذنبا وكانوا يسبونونه فقال :

أرايتم ان وجدتموه في قليب (بئر) ألم تكونوا مستخرجيه ؟

قالوا :

بلى .

قال :

فلا تسبوا اخاكم واحمدوا الله الذي عافاكم .

قالوا :

- افلا تبغضه ؟

قال أبغض عمله فاذا تركه فهو أخي (اسد الغابة ١٥٩/٤ - ١٦٠) .

فضائل أبي حنيفة للصيمري

١١٣٧ - وقد سمعنا من شيخنا قاضي القضاة رحمه الله في فضائل أبي حنيفة التي صنفها استاذہ القاضي أبو عبد الله الصيمري رحمه الله ان أبا حنيفة كان في جواره رجل فكان يصعد السطح ويتغنى بهذا الشعر :

اضاعوني وای فتی اضاعوا لیوم کرهه وسداد نعر
کأنی لم اکن فیهم ولیدا ولم تک نسبتی فی آل عمرو
فاخذہ الوالی فلم یسمع کلامه وصوته کما جرت العادة ، فسأل عنه فاخبر
بخبره فقصد الوالی واخرجه من الحبس وقال له :

- ما أضعناک یا فتی .

١١٣٨ - وقد صنف في السماع كتب مفردة وطول فيها القول واختصر ، ولم أر لأصحابنا في هذا الباب الا كلاما مجملا غير مفصل ولا مشروح ، ولعل قولهم في المغنى الذي ترد شهادته من اتخاذ الغناء أو يقضاه الناس للسماع لان في ذلك تركا للمروءة ، وكذلك ان اتخذ جارية وقصده الناس لسماع الغناء منها ، او حملها الى المواضع لتغنى فهذا هو الذي ترد شهادته لا محالة لانه قد جمع الى ترك المروءة الديانة^(١) .

نفسي الصوفية بين أهل العلم في عصر السمتاني

١١٣٩ - وقد رأيت جماعة من أهل العلم وشيوخا من اصحابنا ومن اصحاب الشافعي يستمعون القول ويقومون يرقصون مع الصوفية .

١١٤٠ - ورأيت بهمنان غير واحد من اصحاب الشافعي يجمعون مع القصب الدف في الاوقات وفيهم أئمة وقضاة واشراف من أصحاب الحديث والرواية

(١) في لسان العرب في مادة ديث : دَيْتَ الامر لينه ، وديث الطريق وظاه وطريق مديث أي مذلل ٠٠ [و] الديانة الالتواء في اللسان ، ولعله من التذليل والتلين ٠٠٠ والديوث : القواد على أهله والذي لا يغار على أهله ديوث والتدييت

تحريم آلات الطرب من غير غناء

- ١١٤١ - ويحرم استعمال الآلات التي تطرب من غير غناء كالعود والطنبور والمزقة والطبل والمزمار والرباب .
- ١١٤٢ - وقد حكى عن محمد بن سعد الزهرى انه كان يلعب بالعود ويتخذ^(١) وفيه خلاف لا يعتد به .
- ١١٤٣ - وقد روى عن ابن عباس (ر) تفسير قوله تعالى : « ومن الناس من يشتري لهو الحديث ليضل عن سبيل الله بغير علم »^(٢) قال هو الملاهى .
- وقد روى عبدالله بن عمرو بن العاص ان النبي (ص) قال : « ان الله حرم على أمتي الخمر والميسر والمزر والكوبة والقنين والطبل والقنين البربط^(٣) .
- ١١٤٤ - وروى عن النبي (ص) انه قال :
- مسخ أمة من أمتى بشربهم الخمر وضربهم بالكوبة والمعازف .
- ١١٤٥ - قال الشيرازي رحمه الله في كتاب المذهب له :

القيادة ، وفي المحكم الديوث والديبوث الذى يدخل الرجال على حرمة بحيث يراهم كأنه لين نفسه على ذلك وقال ثعلب : هو الذى تؤتى أهله ، وهو يعلم ، مشتق من ذلك ، أنت ثعلب الأهل على معنى المرأة ، وأصل الحرف بالسريانية أعرب . وفي الحديث تحرم الجنة على الديوث ، هو الذى لا يفار على أهله .

ويرتضخ العامة في العراق الكنة الأعجمية في نطق كلمة ديوث فيقبلون الثاء سينا . وقد خلط السمناني بين الديانة والتدييث فاستعمل الأولى بمعنى الثانية .

(١) فى نسخة قليج : ويبيحه .

(٢) لقمان ٣١ .

(٣) جاء في لسان العرب في مادة يسر : الميسر قمار العرب بالازلام . . . [و] الياسر من الميسر وهو القمار .

وجاء فى مادة مزر : المزر نبذ الشعير والحنطة والحبوب ، وقيل نبذ الذرة خاصة ، غيره : المزر ضرب من الاشربة . . . والمزر والتمزر : التروق والشرب القليل ، وقيل الشرب بمرة ، والميزر الاحمق والمزّر بالفتح الحسو للنوق ، يقال تمزرت الشراب اذا شربته قليلا قليلا .

وأشد الاموي يصف خمرا :

تكون بعد الحسو والتمزر فى فمه مثل عصير السكر
والتمزر شرب الشراب قليلا قليلا بالراء ومثله التمزز وهو أقل من التمزز

ويكره القضيبي الذي يزيد الفناء طربا ولا يطرب اذا انفرد لانه تابع للفناء
فكان حكمه حكم الفناء •

رد الشهادة بالإكثار من الصفات

١١٤٦ - وترد الشهادة بما يكثر من الصفات كما ترد بالكبائر اذا انفردت،
فاما اذا قلت الصفات وندرت فلا ترد بها الشهادة لانه تعالى قال :
- ان تجتنبوا كبائر ما تنهون عنه تكفروا عنكم سيئاتكم^(١) •
ولان احدا من الخلق لا يخلو من الصفات أو الهم بها •

الحذاء

١١٤٧ - وقال الجميع ان الحذاء مباح لا يكره لما روى عن ابن مسعود (ر)
قال : كان مع رسول الله (ص) ليلة نام بالوادي حاديان •

وجاء في مادة كوب : الكوبة الشطر نجة والكوبة الطبل والنرد ، وفي
الصحاح الطبل الصغير المخصر ، وقال أبو عبيد : أما الكوبة فان محمد بن كثير
اخبرني ان الكوبة النرد في كلام أهل اليمن ، وقال غيره : الكوبة الطبل وفي الحديث
ان الله حرم الخمر والكوبة ، قال ابن الاثير هي النرد ، وقيل الطبل وقيل البربط
ومنه حديث علي : « امرنا بكسر الكوبة والكنارة والشياع •
وفي اللسان في مادة فنن :

القنن : طنبور الحبشة عن الزجاجي ، وفي الحديث « ان الله حرم الخمر
والكوبة والقنن » • قال ابن قتيبة : القنن لعبة للروم يتقامرون
بها ، قال الازهرى ويروى عن ابن الاعرابي قال القنن الضرب
بالقنن وهو الطنبور بالحبشية ، والكوبة الطبل ويقال النرد ، قال الازهرى وهذا
هو الصحيح ، وورد في حديث علي عليه السلام « نهينا عن الكوبة والغبيرة والقنن »
قال ابن الاعرابي الكوبة الطبل والغبيرة خمرة تعمل من الغبيراء والقنن طنبور
الحبشة •

وجاء في صدد البربط : البربط العود اعجمي ليس من ملاهي العرب ،
فاعربته حين سمعت به ، التهذيب : البربط من ملاهي العجم شبه بصدر البط
والصدر بالفارسية (بر) فقليل بر بَط ٠٠٠ قال ابن الاثير اصله بر بَت فان
الضارب يضعه على صدره واسم الصدر (بر) •

(١) النساء ٣/٤

وروت عائشة رضي الله عنها قالت :
 كما مع رسول الله (ص) في سفر ، وكان عبدالله بن رواحة (١) جيد
 الحذاء وكان مع الرجال . . . وكان انجشة (٢) مع النساء فقال صلى الله عليه
 وسلم لعبدالله بن رواحة : حرك بالقوم فاندفع يرتجز فنبهه انجشة فاعتفت الابل
 في السير . فقال صلى الله عليه وسلم :
 يا انجشة رويدك رفقا بالقوارير .

نشيد الأعراب

١١٤٨ - ويجوز استماع نشيد الأعراب لما روى عمرو بن الشريد عن
 امه قال : اردفني رسول الله صلى الله عليه وسلم وراءه ثم قال : امك من شعر
 أمية بن أبي الصلت شيء (٣) ؟
 قلت : نعم ، فانشدته بيتا ، فقال : هيه فانشدته بيتا آخر فقال هيه :
 حتى انشدته مائة بيت .

(١) كذا وفي اسد الغابة ان البراء بن مالك اخا أنس بن مالك كان حسن
 الصوت يحدو بالنبي (ص) في أسفاره ، فكان هو حادى الرجال وانجشة حادى
 النساء (اسد الغابة ١/ ١٧٣) .
 (٢) جاء في اسد الغابة (١/ ١٢١) انجشة العبد الاسود وكان حسن
 الصوت بالحذاء فحدا بأزواج النبي (ص) في حجة الوداع فاسرعت الابل فقال
 النبي (ص) يا انجشة رويدك رفقا بالقوارير .
 (٣) من شعراء حماسة أبي تمام واسمه عبدالله بن ربيعة بن عوف بن أمية
 وهو من تقيف ادرك الجاهلية والاسلام ، وصح انه عاش حتى رثى أهل بدر ،
 قال الاصمعي ذهب أمية في شعره بعامه ما يكون في الاخرة وعنترة بعامه ما يكون
 في الحرب ، وقد صدقه النبي (ص) في بعض شعره ، وكان (ص) يحب ان يسمع
 من شعره ، وكان أمية قد قرأ الكتب القديمة واراد ان يتبع النبي (ص) ويهاجر
 فقدم الحجاز فلما علم يقتلى بدر من المشركين جزع عليهم فجذع أنف ناقته وشق
 ثوبه وبكى وذهب الى الطائف ومات بها كافرا في السنة التاسعة وقد روى له ابو
 تمام في حماسته مقطوعة جميلة في عتاب ابن عقه وجاء في تعليق التبريزي عليها
 انها تروى لابن عبد الاعلى وقيل هي لابي العباس الاعمى (الحماسة ١/ ٣١٤) وأول
 هذه المقطوعة :

تحسين الصوت بالقرآن

١١٤٩ - قال الشافعي : ويستحب تحسين الصوت بالقرآن ، واما اذا قرأ بالالحن فقال اصحابنا انه قال في موضع يكره وقال في موضع آخر لا اكره هذا

١١٥٠ - قالوا : وليس ذلك اختلاف موضعين وانما هو اختلاف حالين ، فالذي قال يكره اذا تجاوز الحد ، ولا يعلم بين اصحابنا خلاف يخالف هذه الجملة والتفصيل ، ولعل ذلك وفاق .

١١٥١ - وقد روى عن ابي موسى الاشعري انه كان يطرب بالقرآن وان النبي صلى الله عليه وسلم كان سمعه وهو لا يعلم فلما علم به قال : يا رسول الله لو علمت لحبرته تحييراً^(١) .

وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال :

- ما أذن الله بشيء مثل ما أذن لنبي ان يترنم بالقرآن .

وقال صلى الله عليه وسلم :

- ليس منا معاشر الانبياء من لم يغرد ؟ بالقرآن .

وذكر أبو عبيد في الغريب له ؟ قال معناه الاستغناء ؟ بالقرآن .

وقال الشافعي :

- لو كان المراد به الاستغناء ؟ لكان قال من لم يتغن بالقرآن ، وحمل

الخبر على تحسين الصوت ، وهو الظاهر من الخبر ولان قراءته بالحن يوجب

الاصغاء اليه وفراغ القلب نحوه ، وهذا امر معلوم .

قول الشعر

١١٥٢ - ويجوز قول الشعر وحمله ، وقد كان للنبي صلى الله عليه شعراء

غنوتك مولودا وعلتك يافعا تعلم بما ادنى اليك وتنهل
وقد ترجم بروكلمان لامية بن أبي الصلت في كتابه تاريخ الادب العربي
ترجمة عبدالحليم النجار ، ص ١١٣ - ١١٤) فذكر ان أكثر ما روى من شعره
منحول عليه وفند قول القائلين بأن شعره من كان مصادر القرآن .

(١) تحبير الخط والشعر وغيرهما تحسينه (القاموس المحيط) .

منهم كعب بن مالك وعبد الله بن رواحة وحسان بن ثابت ، وقال الشعر علي بن ابي طالب حتى روى عنه ، وكان في التابعين والصحابة العدد الكثير (من الشعراء) وكان معاوية ابن ابي سفيان يقوله ثم تركه ، وقد وفدت الشعراء على النبي صلى الله عليه وسلم ومدحوه فمدحه كعب بن زهير بقصيدة :

بانت سعاد فقلبي اليوم متبول متيم اثرها لم يجز مكبول
فوهبه ؟ بردته فاعها لمعاوية بعشرة الاف درهم ، وهي التي مع الخلفاء الى اليوم من بني العباس (ر) .

١١٥٣ - وهو كالكلام مباحه كمباحه ومحظوره كمحظوره . وقبيحه كقبيحه .
١١٥٤ - وقد روى عن عبدالله بن عمرو بن العاص عن النبي (ص) انه قال : « الشعر بمنزلة الكلام حسنه كحسن الكلام وقبيحه كقبيح الكلام » .
فما ترد به الشهادة من الكلام يرد به من الشعر ، وما لا ترد به الشهادة من الكلام فالشعر مثله ، لانه كلام على صفة مخصوصة .

فسق شاهد الزور

قال اصحابنا :

١١٥٥ - ومن شهد بالزور فقد فسق وردت شهادته ، فقد روى خريم بن

(١) هو كعب بن زهير بن ابي سلمى المزني صحابي وشاعر من فحول المخضرمين ، وقد كان وابوه من نوابغ شعراء مزينة احلى قبائل مضر ، وقد طبع شرح ديوان كعب من زهير للامام السكري (ابو سعيد الحسن بن الحسين بن عبيد الله) في مطبعة دار الكتب المصرية . واشتهر كعب بن زهير بقصيدة « بانت سعاد » التي استعطف بها الرسول ومدحه والمهاجرين فعفى عما اقترفه قبل ذلك من جرائم ، وفي هذه القصيدة يقول :

انبثت ان رسول الله اوعدني والعفو عند رسول الله مأمول
ويقول :

ان الرسول لسيف يستضاء به مهند من سيوف الله تسلول
في عصبة من قريش قال قائلهم ببطن مكة لما اسلموا زولوا
زالوا فما زال انكاس ولا كشف عند اللقاء ولا ميل معازيل
شم العرائن ابطال ، لبوسهم من نسج داود ، في الهيجا سراويل

فاتك^(١) قال : صلى رسول الله صلى الله عليه وسلم صلاة الصبح فلما انصرف قام قائما ثم قال عدلت شهادة الزور الاشراك بالله ثلاث مرات ، ثم تلا قوله تعالى :

— فاجتنبوا الرجس من الاوثان واجتنبوا قول الزور •

١١٥٦ — وقد تقدم ما رواه أبو حنيفة عن محارب بن دثار فيما تقدم من

هذا الباب في الفصل الذي قلنا انه يفرق الشهود مع التهمة •

١١٥٧ — ويعلم انه شاهد زور بثلاثة اشياء :

احدها ان يقر على نفسه انه شهد بالزور •

والثاني ان تقوم عليه بذلك بينة •

والثالث ان يشهد بما تكذبه العقول وشاهد الحال •

١١٥٨ — فان أقر على نفسه لم يبطل ما شهد به قبل هذا القول ، وكذلك

اذا قامت عليه بينة بعد القضاء لان هذا تهاتر •

(١) خريم بن فاتك بن الاخرم ، وقيل خريم بن الاخرم بن شداد بن عمرو ابن الفاتك الاسدي وابو الاخرم يقال له فاتك وقيل ان فاتكا هو أبو الاخرم يكنى خريم بن فاتك ابا يحيى وقبل ابا ايمن بابنه ايمن بن خريم ، شهد بدرا مع اخيه سيرة بن فاتك ، وقيل ان خريما هذا وابنه ايمن أسلما يوم فتح مكة ، والاول أصح ، وقد صحح البخاري وغيره ان خريما واخاه سيرة بن فاتك شهدا بدرا وهو الصحيح ، وعده في الشاميين ، وقيل في الكوفيين ، نزل الرقة ، روى عنه المعمر بن سويد وشمر بن عطية والربيع بن عميلة وحبيب بن النعمان الاسدي روى اسماعيل بن ابي خالد عن الشعبي ان مروان بن الحكم قال : لا يمن ابن خريم ليقاتل معه يوم مرج راهط ، فقال ان ابي وعمي شهدا بدرا ونهياني ان اقاتل مسلما ...

وروى اسرائيل عن ابي اسحق عن شمر بن عطية عن خريم بن فاتك انه قال : قال رسول الله (ص) : أي رجل انت لو لا خلقان فيك !

قلت : وما هما ؟

قال تسبيل اذارك ، وترخي شعرك •

قلت : لا جرم •

فجز شعره ورفع ازاره • (اسد الغابة ١١٢/٢) وتحيط اسلام خريم بن فاتك اسطورة فتعززه الى صحابي من الجن ! اسمه مالك بن مالك الجنى (اسد الغابة ٢٩٢/٤ - ٢٩٣) •

١١٥٩ - ولو انه شهد بحق لرجل وشهد آخر به لغيره لم يكن واحدا منهما شاهد زور ، لانه ليس احدهما بان يكذب اولى من الآخر .

إشهار من ثبت تزويره

١١٦٠ - واذا أثبت أنه زور ، قال ابو حنيفة :

اشهر حاله ولا يضربه .

١١٦١ - وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي للامام ان يعزره اذا رأى ذلك .

١١٦٢ - وان كان من ذوى الهيئات لم يناد عليه عند بعضهم ، وهو قول أبي علي^(١) من اصحاب الشافعي .

١١٦٣ - وعندنا ينادى عليه ليحذره الناس .

١١٦٤ - وقد روى (أبو هريرة)^(٢) عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال :

قل ما في الفاسق ليحذره الناس .

وروى عنه انه قال :

اقبلوا ذوى الهيئات عثراتهم .

شهادة الظنين والجار إلى نفسه غنما إلخ

١١٦٥ - قال أصحابنا : ولا تقبل شهادة ظنين ، ولا جار الى نفسه غنما ، ولا دافع عنها غرما ، ولا شهادة الوكيل لمن وكله ، ولا الشريك عما هو شريك فيه ولا من هو وصي للتيم ولا عليه .

١١٦٦ - وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال :

(١) في المخطوطة المعتمدة : ابي علي ابي هريرة وفي نسخة قليج ومنيع ابي علي بن بن ابي هريرة .

(٢) في نسخة قليج وقد روى عن النبي .

– لا تقبل شهادة ظنين^(١) ولا مريب •

١١٦٧ – فان عزل الوكيل وشهد بعد العزل فيما كان وكل بالخصومة فيه ، فان كان قد خاصم لم تقبل شهادته أبدا •

١١٦٨ – وان كان لم يخاصم في ذلك فقد اختلف في ذلك فمنهم من يقبل شهادته وهو ابو حنيفة ومنهم من لا يقبل ذلك وهو صاحباه •

١١٦٩ – وكذلك اختلفوا في المحجور عليه لاجل الدين اذا شهد الغريم له اذا كان معسرا فمنهم من قال لا تقبل ومنهم من قال تقبل •

فصل

شهادة الخصي والأقلف

١١٧٠ – وأجاز أصحابنا شهادة الخصي اذا كان الخصي عدلا في جميع الحقوق والحدود وقد قبل عمر بن الخطاب (ر) شهادة علقمة الخصي على قدامة بن مظعون •

١١٧١ – واختلف في شهادة الأقلف فقال ابن عباس : – الأقلف لا تجوز شهادته ، ولا تقبل له صلوة ولا تؤكل له ذبيحة ، وهو قول جابر بن زيد •

١١٧٢ – وروى الخفاف ان النبي (ص) سئل عن الأقلف أيجز بيت الله؟ قال :

– لا ، حتى يختن •

١١٧٣ – وروى شداد بن اوس ، قال ، قال رسول الله (ص) : العتان للرجال سنة وللنساء مكرومة •

١١٧٤ – والعتان عند أصحابنا واجب وليس بفرض^(١) •

(١) في نسخة مينيخ وكيل وتنفق نسخة قليج مع النسخة المعتمدة •

(٢) يفرق الحنفية بين الواجب والفرض كما هو معروف في كتب اصول الفقه •

١١٧٥ - وقال الشافعي هو فرض ، وقال مالك فرض في الرجل سنة في المرأة .

١١٧٦ - وقد روى عن الحسن في الشيخ يسلم ، قال : لا عليه ان لا يخن ، ولا يضره ذلك في شهادته ولا في امامته .

١١٧٧ - وقال أصحابنا ان كان يخاف الضرر على نفسه فلا شيء عليه بعد ذلك .

فصل

شهادة ولد الزنا

١١٧٨ - واختلف في شهادة ولد الزنا فقال أصحابنا :
- شهادته في كل شيء جائزة ، وفي الحدود اذا كان عدلا ، وهو قول الشافعي وعطاء .

١١٧٩ - وقال مالك ويحيى بن سعيد : شهادته مقبولة في كل شيء الا في الزنا خاصة .

١١٨٠ - وقد روى عن عمر بن عبدالعزيز رحمه الله أن رجلا شهد عنده على رجل شهادة فقال المشهود عليه ، انه لا تقبل شهادته ، قال : لم ؟ قال : لانه لا يدري من ابوه فقال أمتني بشاهدين سواء .

فصل

شهادة التسمع

١١٨١ - واختلف في شهادة التسمع ، وهو الذي يخبىء ولا يراه المشهود عليه فيسمع قوله ويشهد عليه ، من غير أن يشهده على نفسه .

فقال أصحابنا يجوز ذلك ولا تحتاج الشهادة الى أن يحملهم المقر (١) .

١١٨٢ - وقال مالك : لا تجوز حتى يشهد الشهود ويقول لهم اشهدوا ، وان كان الشاهد لا يرى الخصم لم يشهد عليه لانه لا يعلم انه عين المقر .

(١) انظر عيون المسائل للمسرقندي تحقيق صلاح الدين الناهي
بند ١٠٨٢ .

- ١١٨٣ - وفرق مالك بين الطلاق والعتاق فأجاز ذلك في الطلاق والعتاق
وان لم يشهدهم اذا سمع الشاهد ذلك •
١١٨٤ - وقال ابراهيم والشعبي : لا تجوز شهادة المختبىء •
١١٨٥ - وقال أصحابنا :
- اذا قال الجماعة أو المتعاقدان للشاهد :
- لا تشهد علينا بما نقول كان له أن يشهد ، وفيه خلاف متقدم ، وهو
قول مالك •

شهادة رجلين على جرحه أخا لهما إلخ

- ١١٨٦ - ولو شهد رجلان على رجل انه جرح أخاهما وهما وارثاه قبل
الاندمال لم يقبل ، لانه قد يسرى الى نفسه ، وتجب الدية لهما •
١١٨٧ - وان شهدا له بمال وهو مريض فمنهم من قال : لا تقبل الشهادة
لانهما متهمان لانه قد يموت ويكون المال لهما فلم يقبل كما لو شهدا بالجراحة •
١١٨٨ - ومنهم من قال :
- تقبل لان الحق ثبت للمريض ثم ينتقل بالموت اليهما ، وفي الجناية اذا
وجبت الدية وجبت لهما لانها تجب بموته فلم تقبل •
١١٨٩ - ولو شهدا له بالجراحة وله ابن قبلت شهادتهما لانهما غير
متهمين •
١١٩٠ - ولو مات الابن وصلوا الاخوان وارثين فان مات قبل الحكم
بشهادتهما بطلت الشهادة ، ولو مات بعد القضاء والحكم لم تبطل الشهادة ،
يعتبر ذلك بالفسق والعمى •

شهادة من يدفع ضرراً عن نفسه

- ١١٩١ - ولو شهد الموالي على غريم المكاتب أو الوصي على غريم الميت
أو الوكيل على غريم الموكل بالابراء من الدين أو بفسق الشهود بالدين لم تقبل
الشهادة ، لانه قد يدفع بذلك عن نفسه ضرراً •

- ١١٩٢ - واختلف اصحابنا في شهادة أهل المحلة والعاقلة اذا شهدوا بالقتل على غيرهم فلم يقبل ذلك ابو خيفة ، وقبله صاحباه .
- ١١٩٣ - وقال الشافعي : ان كانا مؤسرين لم تقبل شهادتهما لانهما يدفعان عن نفسيهما الغرم من الدية ، وان كانا فقيرين أجزت شهادتهما .
- ١١٩٤ - وقال في موضع اخر : ان كانا من اباعد العصابات بحيث لا يصل العقل اليهما حتى يموت من قبلهما قبلت شهادتهما .
- ١١٩٥ - ومن أصحابه من جعل المسئلة على قولين ونقل جواب احدي المسئلتين الى الاخرى ، ومنهم من جعل كل مسئلة على وصفها وقال : تقبل شهادة الاباعد ، ولا تقبل شهادة الاقرب الفقير لانه معدود في العاقلة ، واليسار يعتبر غند الحول .

شهادة الوالد والولد

- ١١٩٦ - وتقبل شهادة الوالد على ولده ، والولد على والده في سائر الحقوق .
- ١١٩٧ - ومن أصحاب الشافعي من قال : لا تقبل شهادة الولد على والده في ايجاب القصاص وجد القذف لانه لا يلزمه القصاص بقتله ، ولا حد القذف بقذفه فلا يلزمه ذلك .
- ١١٩٨ - نقول : والمذهب ما نقول لانه غير متهم .
- ١١٩٩ - واختلف فيمن شهدا على رجل انه قذف ضرة أمهما: فقال الشافعي في القديم : لا تقبل لانهما يجبران الى أمهما نفعا لانه يجب عليه بقذفها الحد فيحتاج الى اللعان فيفرق بينه وبين ضرة الام .
- ١٢٠٠ - وقال في الجديد تقبل وهو قولنا لان حق أمهما لا يزيد بمفارقة الضرة .
- ١٢٠١ - وكذلك اختلفوا في طلاق الضرة على هذا الخلاف سواء .

فصل

شهادة العدو

- ١٢٠٢ - وقبل أصحابنا شهادة العدو على عدوه .

- ١٢٠٣ - وقال الشافعي لا تقبل لان العداوة تمنع العدالة ونحن نقبل
 شهادة المسلم على الذمي وهما اشد عداوة .
 ١٢٠٤ - وقال الشافعي : العدو متهم في الشهادة .

فصل

شهد لمن لا تجوز له الشهادة ولمن تجوز

- ١٢٠٥ - واذا شهد لمن لا تجوز له الشهادة له ولمن تجوز له الشهادة ،
 فاتفق أصحابنا انه تبطل الشهادة في حق من لا تجوز له الشهادة ، واختلف في
 حق الآخر ، فمنهم من قال تبطل ايضا في حقه لان الشهادة اذا ابطال بمضها
 بطل جميعها ، ومنهم من قال لا تبطل في حق الآخر لانه يجوز أن يتدىء
 بالشهادة في حقه .

فصل

شهادة التائب

- ١٢٠٦ - ومن فسق بنوع من أنواع الفسق وتاب من الذنب وأصلح قبلت
 شهادته كالسارق وشارب الخمر والزاني .
 ٢٠٧ - وقد روى الحسن ان رجلا من قریش سرق بعيرا على عهد
 رسول الله فقطع يده ثم كان يشهد بعد ذلك فيجيز شهادته .
 ١٢٠٨ - وروى عن ابي خيرة ، انه قطع يده علي بن ابي طالب عليه
 السلام من المفصل ، وانه شهد عند المغيرة بن عبدالله فقال له :
 - من قطعك ؟
 فقال :
 - علي بن أبي طالب .
 قال :
 - ما أراه الا ظلمك !

قال :

- والله ما ظلمنى •

فأجاز شهادته •

١٢٠٩ - وهو قول شريح وعطاء والشافعي ومالك ، ولا نعلم فيه خلافاً

بين الفقهاء المعروفين •

شهادة المحدود في القذف

١٢١٠ - واختلف في المحدود في القذف اذا تاب ، فقال أصحابنا جميعاً

ان شهادته لا تقبل وتوبته فيما بين الله وبينه •

١٢١١ - وروى عن النبي انه قال :

« المسلمون عدول بعضهم على بعض الا محدوداً في القذف » وهو المروى

في كتاب عمر بن الخطاب الى ابي موسى ، وهو قول الحسن وشريح وابراهيم وابن عباس •

١٢١٢ - وقال عطاء وطاؤوس ومجاهد وعكرمة ومسروق والشافعي

وعبدالله بن عبيد والزهري والعوام بن حوشب وسليمان بن يسار ويزيد بن

عبدالله بن قسيط ويحيى بن سعيد^(١) وربيعه رضى الله عنهم قالوا اذا تاب

قبلت شهادته وهو قول مالك بن انس والشافعي في آخرين •

فصل

في كيفية التوبة من القاذف

١٢١٣ - روى عن الشعبي وطاؤوس والضحاك أنهم قالوا :

توبته ان يكذب نفسه عند السلطان ، وهو قول الشافعي ان توبته اكداب

نفسه ، واختلف أصحابه : فقال أبو سعيد الاصطخري : توبته أن يقول

كذبت فيما قلت ولا أعود الى مثله ، وقال أبو اسحق وأبو علي بن أبي هريرة

يقول : قذفى له كان باطلا ، ولا يقول كنت كاذباً •

(١) هو ابو سعيد يحيى بن سعيد بن قيس الانصارى المتوفى سنة ١٤٣ هـ ،

كان قاضياً لابي جعفر (طبقات الفقهاء للشيرازي ، ص ٣٩) •

١٢١٤ - قال علي بن موسى القمي^(١) من أصحابنا في أحكام القرآن الصغير : لا سبيل لنا الى تصحيح توبة القاذف لانه ان قال كذبت فقد علمنا ذلك وحكمنا به ، ولكذبه حدناه ، وقد قال تعالى : فأؤثك عند الله هم الكاذبون^(٢) ، وان كان صادقا فيما قال فلا يجوز أن يشهد على نفسه بالكذب ، وان قال كنت صادقا فهذا نكران للقذف هذا معنى كلامه .

١٢١٥ - وقال أصحابنا في قوله تعالى : وأؤثك هم الفاسقون خبر ، وقوله الا الذين تابوا فرجع الى أقرب المذكورين وهو الخبر دون ما تقدم لاختلاف الجمل المقدمة^(٣) .

١٢١٦ - ولا خلاف انه يحد مع توبته فلو كانت التوبة ترجع الى ما تقدم لاسقط الحد .

فصل

التوبة من المعصية

١٢١٧ - والتوبة من المعصية ان يعزم على ان لا يفعل مثلها في المستقبل ، ويستغفر الله عما مضى ويندم على ما فعل هذا اذا لم يتعلق بها حق آدمي .

١٢١٨ - فان تعلق بها حق آدمي فالتوبة ان يؤدي ذلك الحق الى الكه أو يسئله حتى يبرئه .

١٢١٩ - وقد روى ابراهيم النخعي ان عمر رضى الله عنه رأى رجلا يصلي مع النساء فضربه بالدرة فقال الرجل :

(١) جاء في الجواهر المضيئة (ج ١ ص ٣٨٠) علي بن موسى بن يزداد ، وقيل يزيد القمي ، صاحب أحكام القرآن ، أمام الحنفية في عصره ، سمع من حميد الرازي وغيره ، وروى عنه أبو الفضل أحمد بن أحمد الكاغدي وغيره . وتوفى سنة خمس وثلاث مائة ، كذا ذكره السمعاني .

قال أبو اسحق في الطبقات : وله كتب في الرد على أصحاب الشافعي .

(٢) النور ٢٤ .

(٣) جاء في أدب القاضي للماوردي (١/٦٣٤ - ٦٣٥) ان التوبة عند ابي حنيفة ترجع الى الفسق وحده لانه أقرب مذكور ، وعند الشافعي ترجع الى الفسق وقبول الشهادة اعتبارا بالعموم .

- والله لئن احسنت فقد ظلمتني • وان كنت اسأت فما علمني فقال عمر (ر) :

- اقتص

فقال :

- لا اقتص

قال :

فاعف عني

فقال :

لا اغفوك فافترقا على ذلك ، ثم لقيه من الغد ، فتغير لون عمر ، فقال له الرجل :

- يا أمير المؤمنين (أرى)^(١) ما كان مني اسرع فيك !

قال :

- اجل

قال :

- فاشهد اني قد عفوت عنك •

١٢٢٠ - وان لم يقدر على صاحب الحق نوى انه ان لقيه اوفاه حقه •

فصل

تعلق حد الله

١٢٢١ - واذا تعلق بالمصية حد الله تعالى كحد الزنا والشرب ، فان لم يظهر ذلك فالاولى ان يستره على نفسه لما روى عن النبي (ص) انه قال : « من أتى من هذه القاذورات فليستتر بستر الله تعالى ، فانه من ابدانا صفحته اقمنا عليه حد الله » •

١٢٢٢ - فان اظهره لم يأنم لان ما عزا والغامدية اعترفا عند رسول الله (ص) بالزنا فرجهما ولم ينكر عليهما •

فصل

التوبة المعتبرة

١٢٢٣ والتوبة التي ترد التائب الى حال الشهادة من الزنا والسرقه والشرب

(١) الزيادة من نسخة قليج •

فحكم عليه^(١) ثم تاب اذا صلح عمله وفارق طريقته المذمومة لقوله تعالى : • الا الذين تابوا من بعد ذلك وأصلحوا^(٢) •

١٢٢٤ - واختلف اصحابنا في مقدار المدة بعد التوبة فمنهم من قال سنة كاملة لأنها تجمع الفصول الاربعة التي تتغير فيها الطباع ، ومنهم من لم يقدر ذلك (وردها)^(٣) الى اجتهاد الحاكم •

١٢٢٥ - والتوبة من الردة اظهار الشهادتين والرجوع الى ملازمة الدين والقيام بفروضه وفعل نوافله وسنته مع الامكان •

فصل

التوبة على من يُجد

١٢٢٦ - واختلف أصحاب الشافعي فيمن شهد ولم تقبل شهادته بالقذف هل يحد أم لا ؟ وبنا التوبة على القول بوجوب الحد ، فقالوا ان قلنا يحد تجب عليه التوبة ، وان قلنا لا يحد فلا توبة عليه •

فصل

شهادة المولى لمكاتبه إلخ

١٢٢٧ - واذا شهد المولى لمكاتبه بمال فردت شهادته ثم أدى المكاتب المال وعق واعاد المولى له الشهادة بالمال لم تقبل الشهادة لأنها ردت لأجل التهمة •

١٢٢٨ - وكذلك اذا شهد العبد والكافر فردت شهادتهما لأجل التهمة لم تقبل اذا اعادا ، وان كانت لأجل الكفر والرق قبلت •

١٢٢٩ - وقال ابو العباس من أصحاب الشافعي تقبل شهادة المولى اذا اعاد الشهادة ، قال لان المعنى قد زال بالعق • ورد عليه اصحابه وقالوا مثل قولنا ، لانه رد للتهمة فهو كالفاسق •

(١) في نسخة قليج : فانا نحكم له •

(٢) آل عمران ٣ •

(٣) الزيادة من نسخة قليج •

فصل

الشهادة المتبادلة

١٢٣٠ - قال أصحابنا : ومن ترك مالا وورثة فشهد رجلان لرجلين على الميت بدين وشهد المشهود لهما للشاهدين بمثل ذلك فالشهادة باطلة عند أبي حنيفة وأبي يوسف وابن أبي ليلى لأنهم يشتركون في التركة^(١) .

١٢٣١ - وقال أبو حنيفة في الجامع الصغير إن الشهادة جائزة .

١٢٣٢ - وروى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة أنهم إن جاءوا جميعا فالشهادة باطلة وإن جاءوا سفتريين فشهد الأولان لمن ادعى ثم عادا وادعيا وشهد الآخران فشهادتهما جميعا جائزة .

١٢٣٣ - وقد ضعف أصحابنا ذلك لأنه يوجب مقاسمة الأولين ما أخذوا إذا لم يترك غير ما أخذوا^(٢) .

١٢٣٤ - ولو شهد أحد الفريقين بدين على الميت وشهد أولئك لمن شهدا بأرض أو عرض في يد الميت فالشهادة جائزة .

الشهادة على ما يوجب الشركة في تركة الميت

١٢٣٥ - وكل شهادة لا توجب الشركة في تركة الميت فهي جائزة ، وما توجب الاشتراك فهي باطلة .

١٢٣٦ - ولو كانت هذه الشهادة على حق وهو يجحد جازت شهادة الفريقين في جميع الأحوال .

فصل

تبادل الشهادة بالوصية

١٢٣٧ - ولو شهدا بالوصية لهما وشهد الآخران بمثل ذلك فهي كالشهادة بالدين على الخلاف من الصحة والبطالان .

(١) أي إن الرد ههنا للثمة أيضا عملا بقاعدة رد الشهادة بالثمة .

(٢) أي عملا بقواعد الدين المشترك .

فصل

الشهادة على طلاق الأمة

- ١٢٣٨ - وإذا شهد المولى ان الزوج طلق الأمة، وهي تدعي ذلك، لم تجز في قولهم جميعا ، وان لم تدع جازت شهادتهما في قول ابي يوسف ولا تجوز في قول محمد ، ولا رواية عن ابي حنيفة تعرف في ذلك •
- ١٢٣٩ - ولو شهد رجلان لرجل انه ابن الميت ثم شهد الابن ورجل للمشاهدين بدين على الميت الف درهم فالشهادة باطلة عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند غيرهما تجوز • والله أعلم •

فصل

شهادة الأعمى والأخرس

- ١٢٤٠ - قد ذكرنا ان العمى يمنع قبول الشهادة اذا طرى قبل الحلم خلافا لأبي يوسف والشافعي ، وان زال العمى فشهد جازت الشهادة وهو كالخرس اذا زال ، والعقل اذا رجع ، وقبل الشافعي شهادته فيما تقبل فيه الاستفاضة من غير تفصيل ، اذا ضبط ولم يجره على القتل والأفعال ولا على العقود التي تثبت بالصوت •
- ١٢٤١ - وقد ذكرنا فيما تقدم من هذه الاشياء ما يمنع مجتمعا ومفترقا •
- ١٢٤٢ - وسنذكر ما ترد فيه الشهادة من حيث الحكم والاختلاف والتعارض بين الدعاوى^(١) من الكتب والحوادث ان شاء الله •
- ١٢٤٣ - واذ قد ذكرنا حكم الشهادة في الابواب المتقدمة فلنذكر حكم الشهادة على الشهادة •

باب الشهادة على الشهادة

دليل جوازها

- وهذا باب يذكر فيه حكم الشهادة على الشهادة وما قيل في ذلك :
- ١٢٤٤ - اعلم انه لا آية من كتاب الله ولا سنة نابتة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا وصلت إلينا في جواز الشهادة على الشهادة ، والفقهاء قد عملوا

(١) في نسخة قليج : والتعارض في موضع الدعاوى •

بذلك وذكره في الكتب ، ولعله قد كان فيه سنة فاكثفوا فيه بالعلم أو قاسوا ذلك
ذلك على الاخبار في الدين ووجوب العمل بها .

الشهادة على شهادة الميت

١٢٤٥ - وقد روى الخصاف في أدب القضاء عن علي بن ابي طالب عليه السلام
[انه] قال : - لا تقبل على شهادة الميت دون رجلين .

١٢٤٦ - وقد روى عن الشعبي [انه] قال :

لا تجوز شهادة الشاهد على الشاهد حتى يكونا اثنين .

١٢٤٧ - وإذا شهد نفر على شهادة رجل واحد فهو واحد والاثنان على
الاثنين فرجل واحد .

١٢٤٨ - وإن شريحا كان اذا شهد عنده رجل على شهادة رجل قال :

لا قل اشهدينى ذوو عدل .

١٢٤٩ - فهذا ما روى في الباب ويكفي ان يكون فيه أمير المؤمنين علي (ر)
قائلا به : وهو فقيه الصحابة ، وهو قول اصحابنا جميعا وبه قال مالك والشافعي ولا
نعلم فيه خلافا بين أهل العلم ، والحاجة اليه داعية اذا غاب الشهود او ماتوا فينبغي
ان يكون ذلك جائزا .

١٢٥٠ - واذا قد ذكرنا جواز ذلك في الشرع فلنذكر موضع قبول ذلك .

باب الموضع الذي تقبل فيه

الشهادة على الشهادة

وهذا باب الموضع الذي يقبل فيه ذلك :

١٢٥١ - اجمع اصحابنا جميعا انها مقبولة في كل حق يشب في المال ، وما لا
يسقط بالشبهة من الحقوق .

١٢٥١ - فأما الحدود والقصاص فلا يقبل ذلك فيه عندنا .

١٢٥٢ - وقال الشافعي تقبل في الاموال وحقوق الادمين وفيما لا يسقط
بالشبهة من حقوق الله تعالى .

١٢٥٣ - فاما الحدود كحد الربا والسرقه وقطع الطريق وشرب الخمر
ففيهما قولان :

أحدهما يجوز لأنه يثبت بالشهادة فجاز ان يثبت بالشهادة على الشهادة كحقوق
الآدميين •

والثاني لا يجوز لان المقصود بالشهادة التوثق للحق ، وحقوق الله تعالى مبنية
على الدرء والاسقاط وهذا ليس هو الوجه ، ولكن الوجه عندنا ان الحدود لا يجوز
ان تستوفى الا بنص أو اتفاق ، ولا نص ولا اتفاق في ذلك فلا يجوز ان يفعله ولا
قياس ذلك على الأموال لان الأموال يجوز دخول البدل والاباحة فيها ويثبت حكم
ذلك لها ، وفي الحدود والقصاص لا يجوز ، لان الرجل لو ادعى عليه قتلا فقال :
ما قتلت ولكن يقتلني^(١) فقد وهبت نفسه له لم يجز له القتل ، وفي المال يجوز اذا
وهب ، وقال لا شيء له عليّ وقد وهبت له •

١٢٥٤ - وعلى المذهبيين ان كل ما يجوز ان يثبت بالشهادة على الشهادة يثبت
بكتاب القاضي الى القاضي لانه يحتاج الى تحمل الشهود الكتاب المكتسب فهو كشهود
الاصل يحتاج الى تحمل •

١٢٥٥ - واذا قد ذكرنا موضع القبول فلنذكر عدد الشهود •

باب عدد شهود الفرع

في موضع قبولها

١٢٥٦ - قال أصحابنا : لا يجوز في ذلك أقل من اثنين على الواحد لانه نقل
لقوله الى الحاكم ، فهو كنقل الاقرار •

١٢٥٧ - فان شهد اثنان على شهادة كل واحد من الشاهدين جاز ذلك عندنا •

١٢٥٨ - ويجوز في هلال رمضان الواحد على الواحد في الفيم والاثنين على
الاثنين في شهادة شوال وسائر الشهور ، والعبد على العبد والمرأة على المرأة ، فما
يثبت في الاصل يثبت بمثله اذ شهد به شاهد الفرع •

(١) الصواب ليقتلني •

- ١٢٥٩ - ويعتبر في الواحد الفرد في رمضان وباقي الشهور لا يجوز بالواحد، بل يعتبر كما ينشأ بالشهود اثنان أو رجل وامرأتان .
- ١٢٦٠ - وقال الشافعي ، في أحد قوله لا يجوز حتى يكون على شهادة كل واحد اثنان ، والقول الآخر كقولنا .
- ١٢٦١ - ويجوز عندنا بشهادة رجل وامرأتين كما يجوز في الحق المشهود به .
- ١٢٦٢ - وقال الشافعي لا تجوز الا برجلين .
- ١٢٦٣ - وقال لو كان شهود الاصل رجلا وامرأتين قبل في أحد القولين شهادة اثنين على شهادة كل واحد منهم . ولا يقبل في القول الآخر الا ستة يشهد كل اثنين على شهادة كل واحد منهم .
- ١٢٦٤ - وإن كان شهود الاصل اربع نسوة في الولادة والرضاع قبل في أحد القولين شهادة رجلين على كل واحدة منهن ، ولا يقبل في الآخر الا شهادة ثمانية يشهد كل اثنين على شهادة [كل] واحدة منهن .

فصل

(الشهود على شهود الأصل إن كانوا أربعة)

- ١٢٦٥ - وإن كان شهود الأصل أربعة من الرجال وهو حد الزنا ، وقال انه تقبل فيه الشهادة على الشهادة ، فإن قلنا تقبل من شاهدين على شاهدي الأصل في غير الزنا ففي حد الزنا قولان احدهما انه يكفي شاهدان في اثبات شهادة الاربعة ، كما يكفي في اثبات شهادة اثنين ، والثاني انه يحتاج الى أربعة لان فيما ثبت باثنين يحتاج في شهادة كل واحد منهما الى العدد الذي ثبت به أصل الحق وهو اثنان ، وأصل الحق هنا لا يثبت بدون الاربعة فلم تثبت شهادتهم الا بأربعة .
- ١٢٦٦ - قالوا : وإن قلنا فيما ثبت بشاهدين لا يقبل الا أربعة ففي حد الزنا قولان احدهما انه يحتاج الى ثمانية لتثبت شهادة كل شاهد بشهادة واحد . والثاني انه يحتاج الى ستة عشر رجلا لان شهادة كل واحد لا تثبت الا بما يثبت به أصل الحق وذلك أربعة ، وقد نقض هذا الأصل بانه يثبت الاصل بالرجال والنساء في المال ولا يعتبر في الفرع مثل ذلك ، ونجيزه [كذا] .

فصل

١٢٦٧ - وإذا شهد عشرة على الواحد فهي شهادة واحد ، وإذا شهد عشر نسوة على رجل فهي شهادة رجل [واحد] وإن شهدوا على امرأة فهي شهادة واحدة ، ولو شهد اثنان على شهادة عشرة رجل جاز ذلك وحكم به الحاكم عندنا .
١٢٦٨ - وينبغي على قول الشافعي ان لا تثبت شهادة العشرة (الا) بعشرين في أحد قوليّه .

١٢٦٩ - ولو شهدا على امرأة جاز ذلك ، وعلى (المدعى) ان يتم المينة .
١٢٧٠ - ولو شهد عشر من النساء على شهادة رجل وامرأتين أو امرأة لم يقبل الحاكم ذلك حتى يشهد معهن رجل .

فصل

١٢٧١ - قال (الشافعي ؟) : وليس لمن سمع الشاهد يشهد غيره ان يشهد عليه حتى يشهد شاهد الاصل ، لانه لو اخبر رجلا بان فلانا أقر لفلان بكذا لم يكن للمخبر ان يشهد بذلك على شهادته .
١٢٧٢ - قال اصحاب الشافعي : ولا تصح الشهادة على الشهادة الا من ثلاثة أوجه :

احدها ان يسمع رجلا (يقول) اشهد ان لفلان على فلان كذا فيضاف الى سبب يوجبه من ثمن مبيع أو مهر لانه لا يحتمل مع ذكر السبب الا الوجوب .
والثاني : ان يسمعه يشهد عند الحاكم على رجل بحق ، لانه لا يشهد عند الحاكم الا بما يلزم الحكم به .

والثالث : ان يستدعيه رجل بأن يقول : اشهد ان لفلان على رجل كذا واشهد على شهادتي بذلك ، لانه لا يستدعيه (الا) على واجب ، لان الاستدعاء وثيقة والوثائق لا تكون الا على واجب ، واما اذا سمع رجلا في دكانه أو طريقه يقول : اشهد ان لفلان على فلان ألف درهم ولم يقل : أشهد على شهادتي لم يحكم به لانه قد يكون وعدا وعده فلم يجز تحمل الشهادة عليه .

١٢٧٣ - قالوا : وإن سمع رجلا يقول : لفلان على ألف درهم فهل يجوز أن يشهد عليه بذلك ؟

فهو وجهان :

- أحدهما انه لا يجوز ان يشهد عليه ، كما لا يجوز أن يتحمل الشهادة عليه .
- والثاني ، قالوا وهو المصوص انه يجوز أن يشهد عليه .
- والفرق بينه وبين التحمل ان المقر يوجب الحق على نفسه فجاز من غير استدعاء والشاهد يوجب الحق على غيره فاعتبر فيه الاستدعاء ، ولان الشهادة أكد ؟

فصل

كيفية شهادة شاهدي الفرع

١٢٧٤ - فاما اصحابنا فقالوا :

يسأل القاضي شاهدي الفرع كيف يشهدان فإن قالوا : نشهد ان فلان بن فلان اشهدنا على شهادته انه يشهد ان فلان بن فلان أقر عندنا واشهدنا على نفسه ان لفلان هذا عليه الفاء وقال لنا اشهدا على شهادتي : اني اشهد ان فلانا أقر على أن لفلان الفاهذه شهادة صحيحة والحكم بها واجب .

١٢٧٥ - وان قالوا : انه قال لنا : اشهدا اني اشهد على اقرار فلان لفلان بكذا وكذا فان ابا حنيفة قال : لا اقبل ذلك ، وقال ابو يوسف في الاملاء هو جائز .

١٢٧٦ - وقال : لو قال اني اشهد لفلان على فلان بالف درهم أقر بها فاشهد بذلك فشهد على شهادته فهو جائز .

١٢٧٧ - وقال ابو حنيفة : لا يجوز حتى يقول : اشهد على شهادتي .

فصل

السؤال عن عدالة شاهد الأصل

١٢٧٨ - واذا شهدا على شهادة غيرهما سألهما عن عدالة الذي شهدا على شهادته فان قالوا هو عدل ، او كان يعرف عدالتهما او اخبراه بعدالتهما لم يسأل .

١٢٧٩ - وان قالوا لا نجيزهما لم يقبل شهادتهما على شهادتهما .

١٢٨٠ - فان قال الطالب : انا آتيت بمن يعدل لم يقبل ذلك ولا يحكم بهذه

الشهادة لأنهما لم يعدلاهما فلم يصدقا ، وذلك طعن فيهما .

١٢٨٠ - وهذا قول محمد

١٢٨١ - وقال ابو يوسف : اقبل ذلك وأسأل عنهما .

١٢٨٢ - ويجب ان يذكر المقر والمقر له ويعرفانها بابلغ ما يعرف به كل واحد منهما •

١٢٨٣ - وقال اصحاب الشافعي عنه :

- وان قالوا نشهد على شهادة عدلين ، لم يحكم لانه يجوز ان يكونوا عدولا عندهم غير عدول عند الحاكم ويجب ان يوردا الشهادة على الصفة التي تحملها في الوجوه التامة •

فصل

شروط الحكم بشهادة الفرع

١٢٨٤ - ولا يجوز الحكم بشهادة شهود الفرع الا ان يكون شهود الاصل (قد ماتوا) او هم مرضى لا يقدر على الحضور ، او يكونوا على مسافة تقصر في مثلها الصلاة عند ابي حنيفة •

وقال ابو موسى والشافعي : اذا كان بحيث لا يرجع في يومه الى منزله فهو عذر تجوز معه الشهادة ، وان كان يقدر على الرجوع الى منزله في يومه وليلته لم يجز ، لان الاصل ان قدر عليه لم يجز الحكم بالبدل الا لضرورة •

واتفق الجميع على انهما (ان حضرا) مجلس الحكم قبل الشهادة او بعد الشهادة قبل الحكم انه لا يحكم (بشهادة الفرع) وانما يحكم بالاصل • وكذلك ، لو رجع شهود الاصل قبل الحكم وقبل السماع بطلت شهادة شهود الفرع •

فصل

الشهادة على شهادة الأب وقضائه

١٢٨٥ - قال اصحابنا

(ان) شهد رجلان على شهادة ابهما بحق لرجل على آخر جاز ذلك ، ولو شهدا على قضية ابهما انه قضى لرجل على رجل بحق من الحقوق وقد كان أبوهما

قاضيا لم يجر ذلك ، لان القضية فعل ايهما فلا يجوز ذلك [وقد ذكر هذه
المسئلة الخصاص •

تسمية شهود الأصل

١٢٨٦ - ولا بد في الشهادة من تسمية شهود الاصل وهو ان يقولوا : نحن
نعرفهما ولكن لا نعرف اسميهما •
وفي الاخبار يقبل ذلك ولا يجب عندنا ذكر اسم الراوى ، وهو خلاف في
الخبر •

١٢٨٧ - واذا قد ذكرنا حكم الشهادة على الشهادة وشهادة الرجل ، وكان
الحكم يقع بغير الشهادة وبحكم الحاكم بذلك وهو النكول وما يتبعه من الايمان
والعلم والاقرار وجب ذكر ذلك •

باب النكول عن الإيمان^(١)

وهذا باب النكول عن الايمان اذا توجهت اليمين وعدمت اليئة .
١٢٨٨ - كان الواجب ان تذكر هذا الباب بعد توجه اليمين على المدعى عليه وعدم اليئة وانما قدمناه في الموضع لأنه طريق الى الحكم والقضاء وان القاضي يجب ان يكون عارفا بطرق القضاء قبل حضور الخصوم والدعاوى حتى اذا حضر حكم بما يجب الحكم به وحمل الامر على ما يجب ، لان علمه يجب ان يكون سابقا لمواضع الحكم وكيفية القضاء وماله ان يفعل وما عليه ان يترك ، ولهذا المعنى قدمنا الكلام على ما ذكرناه وقدّمنا النكول على الايمان ، لأن اليمين يترتب على بذل الحالف والنكول سكوت عن الجواب وهو الاصل فلهذا قدمنا ذلك .

الآثار المروية في النكول

١٢٨٩ - اعلم ان النكول والحكم به ليس فيه نص من كتاب ولا سنة ، وانما هو أمر فعله الصحابة والتابعون رضي الله عنهم^(٢) .
١٢٩٠ - واجمع اهل العلم على ان نه حكما يتعين به القضاء ، وسنين ذلك في بابيه في كيفية القضاء .

١٢٩١ - والذي روى في ذلك من الآثار عن الصحابة ومن في عصرهم من التابعين ممن لم ينقض العصر الا وهم من أهل الاجتهاد ويعدّ خلافهم معهم .
١٢٩٢ - ذكر الخصاص عن ابن ابي مليكة عن ابن عباس رحمه الله انه امره ان يستحلف امرأة فأبت ان تحلف فالزمها ذلك .

١٢٩٣ - وروى عن سالم ان ابن عمر باع غلاما بثمانمائة درهم فوجد به المشتري عيبا فخاصمه الى عثمان رضي الله عنه فقال :

(١) جاء في لسان العرب : نكل عنه ينكل وينكل نكولا ونكل نكص ، يقال نكل عن العدو وعن اليمين ينكل بالضم اي جبن ونكلته عن الشيء صرفه .

(٢) جاء في كتاب الطرق الحكمية لابن قيم الجوزية (ص ٧) : هل القضاء بالنكول الا رجوع الى مجرد القرينة الظاهرة لتي علمنا بها ظاهرا انه لولا صدق المدعى لدفع المدعى عليه دعواه باليمين ، فلما نكل عنها كان نكوله قرينة ظاهرة دالة على صدق المدعى فتقدمت على اصل براءة الذمة .

- بعته بالبراءة

فقال :

- احلف لقد بعته وما به عيب تعلمه

قال :

- بعته بالبراءة ، وابي ان يحلف

فرده عثمان عليه (١)

١٢٩٤ - وروى الحرث (٢) قال :

- نكل رجل عند شريح عن اليمين فقضى عليه ، فقال الرجل :

- انا احلف

فقال :

- قد قضى قضائي

١٢٩٥ - وروى عن مغيرة وابن شبرمة انهما قالا :

- اشترى عبدالله غلاما لامرأة فلما ذهب الى منزله حم الغلام ، فجاء ليرد

الغلام فخاصم الى الشعبي فقال لعبدالله

- بيتك على ان لك ذلك (٣) ؟

قال :

- ليس لي بينة

فقال الرجل :

- احلف انه لم يبعه •

فقال الرجل :

- انا ارد على عبدالله

فقضى الشعبي باليمين

فقال :

- اما ان تحلف واما ان ارد عليك الغلام •

(١) هذا دليل على مدى تمسك الفقه الاسلامي بمبدأ حسن النية •

(٢) فى نسخة قليج : الحارث •

(٣) فى نسخة قليج : على انه دلست لك ذلك •

١٢٩٦ - فهذا ما روى فيه عن الصحابة والتابعين .
١٢٩٧ - وقضاء الصحابة والائمة منتشر في (١) الامة ، ولو كان ذلك لا يجوز لانكروه .

١٢٩٨ - وقد اجمع الفقهاء جميعا على أنه بعد النكول على قولين :
منهم من يرد اليمين فيحلف المدعى ويأخذ الحق .
ومنهم من قال يأخذ الحق ولا يمين عليه ، ولو ان للنكول حكما ليس لغيره لما جاز الحكم بيمين المدعى ، ولهذا لو حلف ابتداء لما استحق الحق .
١٢٩٩ - وسنذكر في باب رد اليمين ما قيل في ذلك .
١٣٠٠ - فاذا عرفت ان النكول هو طريق الى الحكم وجب ان نذكر الموضع الذي يقضى فيه بالنكول .

باب الموضع الذي يقضى فيه بالنكول

وهذا باب الموضع الذي يقضى فيه بالنكول وما لا يقضى فيه ، وما قيل في ذلك .

تكييف النكول

١٣٠١ - اعلم ان عمدة الباب ان النكول عند ابي حنيفة رحمه الله يقوم مقام البذل فكل ما يصح بذله يجوز ان يحكم فيه بالنكول .
وكل موضع لا يصح بذله لا يحكم فيه بنكول .
١٣٠٢ - وقال ابو يوسف ومحمد : هو بمنزلة الاقرار ، فما يصح باقراره يجوز ان يحكم فيه بنكوله .

١٣٠٣ - وهو فرع على توجه اليمين عند ابي حنيفة ، فما لا يمين فيه لا يقضى فيه بالنكول .

١٣٠٤ - والذي لا يمين فيه عنده : الحدود وهي الزنا والسرقه وشرب الخمر والقذف وقطع الطريق ، والنكاح والرجعة والقيء والايلاء والولاء والنسب والرق .

١٣٠٥ - وقال ابو يوسف وزفر : يستحلف في كل شيء الا في الحدود خاصة .

(١) في نسخة قليج : معتبر .

١٣٠٦ - وهو قول محمد

١٣٠٧ - فالنكول يقضى به عند ابي حنيفة في الاموال كلها والطلاق والعتاق وما يصح بذله وكل الحقوق عنده سواء الا القود والقصاص فانه اذا ادعى القود في النفس فنكل عن اليمين فابو حنيفة يحبس حتى يقر او يحلف ، ويقضى بالنكول فيما دون النفس .

١٣٠٨ - وقول ابو يوسف ومحمد يقضى في النفس وفيما دونها بالاروش والديات لا بالقصاص .

١٣٠٩ - فأبو حنيفة لا يقضى في النفس بقصاص ولا دية ، وهما يقضيان بالدية دون القصاص ، وفي الطرف يقضى ابو حنيفة بالقصاص وهما بالديات .

١٣١٠ - وقال زفر : النفس وما دونها سواء ويقضى في الجميع بالنكول اذا نكل اقتص كما يقضى بالمال .

١٣١١ - وقال الشافعي وما لك : لا يقضى بالنكول في شيء ، ويرد اليمين فان حلف المدعى قضى له بالحق .

١٣١٢ - هذا في كل موضع يدعى الحق^(١) وذين ويرد فيه اليمين الا في مواضع منها انهم قالوا اذا ادعى حق لميت ورثه المسلمون فانكر ذلك ونكل عن اليمين فقال الاصطخري يقضى بالنكول لانه لا يمكن رد اليمين على المسلمين ولا على القاضي فيقضى للضرورة .

١٣١٣ - وقال غيره من اصحابه يحبس المدعى عليه حتى يقر او يحلف ولا يقضى بالنكول .

١٣١٤ - وقضى في اثبات لعان الزوج بالحد عليه ، وفي نكول المرأة بالحد والرجم ان كانت قد دخل بها .

١٣١٥ - وفي القسامة بنكول المدعين .

١٣١٦ - وفي الزكاة اذا حلف العامل انه قد فرقها فنكل .

١٣١٧ - وكذلك اذا رد اليمين فنكل المدعى عنها يسقط حقه ولا يجوز له بعد ذلك ان يحلف كما قلناه نحن وتفريعه في رد اليمين سنذكره في بابها ان شاء الله .

(١) في نسخة قليج : بحق .

- ١٣١٨ - فهذه المواضع التي يقضى فيها والتي لا يقضى فيها .
١٣١٩ - واذا قد ذكرنا مواضع القضاء والمواضع التي لا يقضى فيها وجب ذكر كيفية القضاء [بالنكول] .

باب كيفية القضاء بالنكول

وهذا باب كيفية القضاء بالنكول

صيغة القضاء بالنكول

- ١٣٢٠ - قال اصحابنا : واذا ادعى رجل حقاً على رجل وحضر عند الحاكم ولا بينة له وطلب اليمين بعد توجهها نحوه فامتنع عن اليمين فان القاضي يقول :
- احلف على ذلك بالله ماله ما يدعى عليك من الحق
يكرر ذلك ثلاث مرات
فان لم يحلف الزمه الحق وحكم عليه .
١٣٢١ - ومن اصحابنا من قال :

يقول القاضي له :

- اني اعرض عليك اليمين . ثلاث مرات فان حلفت والا الزمتك دعوى خصمك بنكولك عن اليمين وامتناعك عنها ، انحلف بالله على ما انكرت من دعوى خصمك ويعقد واحداً بيده ، انحلف بالله على ما انكرت من دعوى خصمك ثانية ، ويعقد اثنين ، انحلف بالله على ما انكرت من دعوى خصمك . ثلاثاً ويعقد ثلاثاً ، ثم يعلمه انه قد الزمه ما ادعاه خصمه ثم لا يقبل يمينه بعد ذلك ولا ينفعه اليمين بها . كذا قال الطحاوي في ادب القضاء الصغير له .

الحلف بعد العرض وقبل القضاء

- ١٣٢٢ - وقال الخصاص : اذا حلف بعد العرض عليه قبل القضاء جاز ذلك ولم يكن له ان يقضى عليه بالنكول .

اقتران النكول بالقضاء

- ١٣٢٣ - وهذا انما ذكرناه لأنه بعد النكول يحتاج الى القضاء ، ولا يلزم

الحق بالنكول حتى ينضم اليه القضاء كما لا يلزم الحق بالشهود حتى ينضم الى الشهادة حكم الحاكم بها فيلزم حينئذ الحق •

١٣٢٤ - وقد كان ابو حنيفة يقول : النكول مرة واحدة انه اذا نكل عن اليمين وابى ان يحلف لزمته دعوى المدعى من غير ان يعرض عليه ، لما ذكره ابو موسى الضرير في مختصره •

استئناف العرض

١٣٢٥ - وقاله ^(١) الطحاوى في ادبه عن بعض اصحابنا ومن نكل عن اليمين مرة او مرتين ثم سال المدعى ان يؤخره يوما او يومين لينظر في امره ثم احضره بعد فان القاضي يستأنف العرض عليه ولا يعتمد بما مضى من العرض •

امتناع المدعى عليه عن الإقرار والإنكار

١٣٢٦ - قال اصحابنا واذا قال المدعى عليه لا اقر ولا انكر اودعه القاضي في حبسه حتى يقر او ينكر •

١٣٢٧ - وقال الشافعي يقول له القاضي :

- ان اجبت والا جعلتك ناكلا •

١٣٢٨ - ويستحب ان يقول له ذلك ثلاثا فان لم يجب جعله ناكلا وحلف المدعى وقضى له ، قال لأنه لا يخلو اذا اجاب ان يقر او ينكر ، فان اقر فقد قضى عليه بما يجب على المقر واذا أنكر فقد وصل انكاره بالنكول عن اليمين فقضينا بما يجب انكاره •

١٣٢٩ - وهذا التقسيم لا يصح لأنه يحتمل ان يقر ببعض الحق وينكر البعض فلا يكون قد قضى عليه باقرار ولا انكار فما قال اصحابنا اولى •

(١) في نسخة فليج : وقال •

فصل

دعوى المدعي عليه وجود حساب بينه وبين المدعي

- ١٣٣٠ - وان قال بينى وبينه حساب او مناظرة قال له القاضي : ذلك اليه .
١٣٣١ - وقال الشافعي يؤخره ثلاثة ايام لأنها مدة قريبة ، وان لم يذكر عدداً جعله ناكلاً وحول اليمين .

فصل

دعوى المدعي عليه أن المدعي كان قد استحلفه

- ١٣٣٢ - فان قال قد استحلفنى على هذه الدعوى ، فان كان القاضي يحفظ ذلك لم يستحلفه وان كان لا يحفظ استحلفه .
١٣٣٣ - وان قال : قد احلفنى عند رجل من الرعية ، احلفه القاضي ، اذا سأل ، ولم يمنع من ذلك ما استحلفه غيره .

طلب الخصم اليمين

- ١٣٣٤ - وكذلك اذا حلفه القاضي قبل طلب الخصم اليمين لم يعتد بيمينه على ذلك .

فصل

طلب المدعي عليه التأجيل مع إقراره

- ١٣٣٥ - وان اقر بما ادعى عليه وسال الخصم ان يؤجله شفع القاضي له اذا سأل ، وليس ذلك بواجب على القاضي لما روى ابن عباس رحمه الله عن النبي (ص) ان رجلاً رفع اليه غريماً له فسأله الغريم ان ينظره شهراً ، فقال له عليه السلام : انظره فأبى فتحمل عنه .
١٣٣٦ - وان سكت فلم يتكلم المدعى عليه بعد الدعوى لم يعجل الحاكم عليه واستكشف عن أمره وهل به صمم او خرس ، فاذا اتضح له حاله وانه لا آفة به عرض عليه اليمين ثلاثاً وقضى عليه بنكوله .

- ١٣٣٧ - هكذا ذكر المسألة الخصاص اذا لم يقر ولم يتكلم .
- ١٣٣٨ - وقد ذكرنا انه اذا قال : لا اقر ولا انكر يجنبه ، وان الطحاوي روى ذلك ، وهذا خلاف رواية الخصاص (وقول) الخصاص يوافق مذهب الشافعي في رد اليمين .
- ١٣٣٩ - والصحيح عندنا ما قاله الطحاوي في ذلك لما ذكرناه من الوجه فيه ، ولان اليانة لا تسمع عليه في هذه الحال عندنا حتى يحصل الانكار الذي هو شرط سماعها فكذلك الحكم بالنكول .
- ١٣٤٠ - واذا قد ذكرنا حكم النكول وموضع الحكم به وكيفيته ، وجب ان نذكر اليمين وصفاتها ومواضع وجوبها ، وسقوطها ، وما يثبت من حكمها ومالا يثبت .

باب اليمين (١)

- وهذا باب اليمين وما يجب في معرفتها وشروطها .
- ١٣٤١ - اعلم ان اليمين وضعت لقطع الخصام كما وضعت اليانة لذلك .
- ١٣٤٢ - وقد بين النبي (ص) موضعها ، روى ابن عباس انه عليه السلام قضى باليمين على المدعى عليه ، وروى عن النبي عليه السلام انه قضى باليمين على المطلوب ، وروى عن عبدالله بن مسعود (عن النبي) انه قال :
- من حلف على يمين وهو فيها فاجر ليقطع بها مال رجل مسلم لقي الله وهو

(١) جاء في لسان العرب في مادة يمين : قال أبو منصور : اليمين فني كلام العرب على وجوه : يقال لليد اليمنى يمين ، واليمين القوة والقدرة . . . واليمين المنزلة ، الاصمعي هو عندنا باليمين أي بمنزلة حسنة . . . وأما قوله تعالى « فراغ عليهم ضربا باليمين » (ك ٣٧/٩٣) ففيه أقاويل : أحدهما يمينه ، وقيل بالقوة ، وقيل بيمينه التي حلف حين قال : « وتالله لا أكيدن اصنامكم بعد أن تولوا مدبرين » (٥٧ ك الانبياء ٢١) . . .

واليمين الحلف والقسم ، انشئ والجمع ايمان وايمان . قال الجوهري : سميت اليمين كذلك لانهم كانوا اذا تحالفوا ضرب كل امرئ منهم يمينه على يمين صاحبه .

عليه غضبان ، وتلا الآية فقال الاشعث ^(١) : في والله نزلت كان بيني وبين رجل من اليهود ارض فجحدتني فقدمته الى النبي (ص) فقال :

– الك بينة

– فقلت : لا

فقال : لليهودى : احلف

فقلت : يا رسول الله اذا يحلف فيذهب بمالي فانزل الله « الذين يشترون

بمهد الله » الآية •

١٣٤٣ – وقد روى عبدالله بن عوف ^(١) ان النبي (ص) أمر مناديا فنادى حتى

بلغ اليه ^(٢) :

– لا تجوز شهادة خصم ولا ظنين وان اليمين على المدعى عليه •

١٣٤٤ – وقال سعيد بن المسيب :

(١) هو الاشعث بن قيس بن معدى كرب بن معاوية الكندي كذا ساق نسبه ابن منده وابو نعيم ، والذي ذكره هشام الكلبي : الاشعث واسمه معدى كرب بن قيس وهو الاشج بن عدى كرب بن معاوية بن جبلة وكنيته أبو محمد ، وفد الى النبي (ص) سنة عشر من الهجرة في وفد كنده وكانوا سستين راكبا فأسلموا وخطب أم فروة أخت أبي بكر فأجيب الى ذلك وعاد الى اليمن وأرتد بعد موت النبي (ص) فاسر فاستبقاه ابو بكر وزوجه اخته فاطمة وهي أم محمد بن الاشعث • شهد الاشعث اليرموك ففقت عينه ثم سار الى العراق فشهد القادسية والمدائن وجلولاء ونهاوند وسكن الكوفة وأبنتى بها دارا وشهد صفين مع علي ، وكان ممن الزم عليا بالتحكيم وشهد الحكمين بدومة الجندل ، وكان عثمان قد استعمله على اذربيجان ، وروى عن النبي احاديث روى عنه قيس بن ابي حازم أو أبو وائل وغيرهما ، ونزل فيه قوله تعالى « ان الذين يشترون بمهد الله وايمانهم ثمنا قليلا » الآية لانه خاصم رجلا فى بشر فنزلت • وتوفى سنة اثنتين واربعين هـ • (اسد الغابة ٩٧/١ – ٩٨) •

(٢) الذين عرفوا بهذه الاسم من الصحابة والتابعين كما ورد فى اسد الغابة (٣/ ٢٣٩ – ٢٤٠) هم :

- ١ – عبدالله بن عوف الذى روى عن النبي قوله (ص) الايمان يمان • وكان من تابعى اهل الشام من الطبقة الثالثة من عمال عمر بن عبدالعزيز •
- ٢ – عبدالله بن عوف الاشج من الوفد نزل البصرة •
- ٣ – عبدالله بن عوف بن عبد عوف بن الحارث بن زهرة اخو عبدالرحمن بن عوف ، اسلم يوم الفتح •
- (٣) فى نسخة قليج : البينة •

مضت السنة ان اليمين على المدعى عليه وفي ذلك اجماع الصحابة والفقهاء
رضي الله عنهم ، ان المدعى اذا لم يجد بينة على ما يدعى ان اليمين على المدعى عليه
الا في مواضع نذكرها اختلفوا فيها ، وان الخصومة ترتفع حتى يجد ما يوجب
الحق كما ان البينة تقطع الخصومة •

١٣٤٥ - واليمين ليست عندنا بينة ولا تجرى مجرى البينة في اثبات الحقوق ،
وانما وضعت لدفع الدعوى ، فاذا ثبت انها معمول بها ، وهي طريق الى قطع
الخصومة وأحد اسباب القاضي التي يستوفى بها وجب ذكر صفة اليمين •

باب صفة اليمين

وهذا باب صفة اليمين وكيف يحلف القاضي •

١٣٤٦ - اعلم ان الناس اختلفوا في تأكيد اليمين والفاظها •

١٣٤٧ - فالذى روى في خبر ابن ركانة^(١) ان النبي (ص) حلفه حين طلق

(١) فى نسختي قليج ومنيخ خير ركانه • والذي فى اسد الغابة ركانه
بن عبد يزيد بن هاشم بن المطلب المطلبى عن مسلمة الفتح لؤل المدينة ومن حديثه
عن النبي « ان لكل دين خلقا وخلق هذا الدين الجياد » • وتوفى ركانه فى
خلافة عثمان وقيل توفى سنة اثنتين واربعين •

والحديث المروى فى متن الروضة ورد تفصيله فى اسد الغابة حيث جاء
ان ركانه هذا « هو الذى طلق امرأته سهيمة بنت عويمر بالمدينة اخبرنا أبو
اسحق ابراهيم بن محمد الفقيه وغيره ، قالوا باسنادهم الى ابي عيسى الترمذى ،
قال حدثنا هناد ، حدثنا قبيصة عن جرير بن حازم عن الزبير بن سعيده عن عبد الله
ابن يزيد بن ركانة عن أبيه عن جده قال :

اثبت النبي (ص) فقلت يا رسول الله !

انى طلق امرأتى البتة •

فقال : ما اردت بها ؟

قال واحدة •

قال : الله

قال : الله

قال : الله

قال : فهو كما ذكرت • (اسد الغابة ٢/ ١٨٨ ، ٥/ ١١٠) •

البينة ، والله ما اردت الا واحدة ، فقال : والله ما اردت الا واحدة فرد عليه زوجته ولم يؤكد اليمين بصفة ولا جمع بين اسمين ، فان رأى الحاكم فعل مثل هذا فهو يمين يقطع الخصومة •

١٣٤٨ - ولا خلاف ان رجلا لو قال : والله لا دخلت الدار ثم دخلها حث ووجب عليه الكفارة بالحلف باسم الله وحده •

٣٤٩ - وكذلك كل اسم لله تعالى مثل الرحمن والرحيم والقادر والغالب وسائر اسمائه تعالى في ذلك سواء •

١٣٥٠ - ومن اصحابنا من قال : نحلفه فنقول للخصم :

قل والله الذى لا اله الا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم الطالب المدرك الذى يعلم من السر ما يعلم من العلانية ، ما لفلان هذا عليك ولا قبلك هذا المال الذى ادعاه ، وهو كذا ، ولا شئ منه اذا كانت الدعوى في المال •

١٣٥١ - وسنين في كل كتاب كيف يحلف على دعواه ان شاء الله •

١٣٥٢ - هكذا قال الخصاف • وقال الطحاوى : يضم الى الطالب الغائب واسقط المدرك ، وقال الذى يعلم السر والعلانية ، هكذا ذكر في المختصر •

١٣٥٣ - ويضم في يمين اليهودى : بالله الذى انزل التوراة على موسى والنصارى بالله الذى انزل الانجيل على عيسى ، والمجوسى بالله الذى خلق النار وباقي الناس بالله^(١) •

فصل

(عظة القاضي الخصم قبل الاستحلاف)

١٣٥٤ - واذا اراد الاستحلاف فينبغي للقاضي ان يعظ الخصم ، ويقرأ عليه : « الذين يشتركون بمهد الله » الآية والخبر الذى رويناه عن ابن مسعود في الباب الاول •

١٣٥٥ - وينبغي ان تكون اليمين على نسق دعوى المدعى •

(١) وعن الامام ابى حنيفة انه لا يستحلف احدا الا بالله خالصا (مجمع الانهر ٢/٢٤٩) •

- ١٣٥٦ - ويجب ان يتم الحالف لفظ القاضي على خفض دون الرفع والنصب ويحفظ ما يدعى المدعى وما يستحلف المدعى عليه ، حتى تكون اليمين على نسق واحد ، وان قطعها الحالف اعادها عليه حتى يأتي بها بلا قطع ولا استثناء حتى تكون اليمين موصولة •
- ١٣٥٧ - واذا مضى في اليمين فسأل المدعى القاضي قطعها ، وقال حسبي انا او حسبي اخلافه لم يتمها عليه •

فصل

(تغليظ اليمين)

- ١٣٥٨ - ولا تغليظ اليمين عندنا بالمكان ولا الزمان •
- ١٣٥٩ - وقال الشافعي : اذ كانت في دم او مال عظيم يحث فيه لو حلف في مكة بين المقام والحجر ، وفي المدينة على المنبر ، وفي سائر البلاد في الجامع على المنبر بعد العصر •
- ١٣٦٠ - قال اصحابنا : ولا يبعث اليهود الى الكنيسة ولا النصارى الى البيعة ولا المجوس الى بيت النار ليقسموا هناك •
- ١٣٦١ - وقال الشافعي : يستحلفهم في مواضع عباداتهم وهذا لا يجوز لأن ذلك تعظيم لبيوتهم وهذا لا يجوز عندنا •
- ١٣٦٢ - ولا يستقبل به القبلة ولا يدخله المسجد وحيث ما حلف الخصم جاز لأن الارض لله جميعا ، وهو بكل مكان تعالى •
- ١٣٦٣ - واذا قد ذكرنا صفة اليمين وعلى من تجب [فلنذكر ما لا تجب فيه] •

باب ما يجب فيه اليمين

- وهذا باب ما لا يجب فيه يمين ، ولا يحلف القاضي فيه •

(١) في مجمع الانهر ٢/ ٢٥٠ « لا يحلفون في معابدهم لان فيه تعظيما لها ، والقاضي ممنوع عن ان يحضرها وكذا امينه .. لا انه ليس له حق الدخول »

١٣٦٤ - اتفق اصحابنا جميعا ابو حنيفة وابو يوسف ومحمد وزفر والحسن ابن زياد وسائر اصحابنا على ان الحدود كلها لا يستحلف فيها ولا يجب فيها يمين على من ادعت عليه ، الا السرقة ان ادعا مالا اخذه فانهم يحلفون عليه فان نكل عن اليمين لزمه المال ولا قطع عليه عندهم جميعا لان القطع لا يثبت بالنكول .

١٣٦٥ - وقد حكينا فيما تقدم ان ابا حنيفة لا يستحلف في النكاح ، والرجعة ، والولاء والرق والفيء في مدة الايلاء ، والنسب ، وان باقى اصحابنا يختلفون في ذلك كله ، وان النكول بذل عند ابي حنيفة وعند سائر اصحابنا يقوم مقام الاقرار ، ولو قام مقام الاقرار لكان ينبغي ان يثبت فيه الحدود لأنها تثبت بالاقرار .

فصل

اليمين في النسب

١٣٦٦ - واختلف اصحابنا في الموضع الذي يثبت فيه اليمين في النسب : فمنهم من قال يثبت في كل موضع لو اقر به لزمه وثبت النسب منه كالابن والاب ، وان كان لا يثبت بقوله لم يثبت الاستحلاف الا ان يدعى مالا في يد المدعى عليه او قبله لا يثبت المال الا ان يستحلف على نسبه كالميراث والنفقة ، فان نكل عن اليمين شاركه في المال الذي في يديه كالاخ مع الاخ ولا يثبت النسب .

لا يمين فيها لا يقبل إقراره به

١٣٦٧ - قال اصحابنا : ولو ادعى رجل على آخر انه وصى لفلان ، وقد مات او وكيل له وان على فلان مالا له فانكر ذلك فلا يمين عليه اذا لم يكن وارثا لأنه لو اقر لم يقبل منه .

١٣٦٨ - ولو ادعى رجلان عبدا في يد آخر انهما اشترياه منه فافر لاحدهما بالشراء وانكر الآخر وطلب يمينه لم يحلفه القاضي ، لأنه لو اقر لما قبل .

١٣٦٩ - وكذلك لو نكل عن اليمين لأحدهما ففضى له وطلب الآخر اليمين لم يحلف .

١٣٧٠ - وكذلك المرأة يدعيها رجلان ففقر لاحدهما فهي للاول والاصل^(١)

(١) في نسخة قليج : والعقد .

في هذا الباب ان كل ما لا يقبل اقراره لو اقر به لم يستحلف عليه كالهبة والصدقة وغير ذلك فانه لا يحلفه للآخر .

١٣٧١ - وقالوا : لو ادعى احدهما الشراء والآخر الرهن او الاجارة فافر بالرهن والاجارة وطلب المشتري تحليفه فانه يحلفه ، وان اقر بالشراء فالمشتري بالخيار ان شاء صبر حتى يفتكه من الرهن او تمضي المدة في الاجارة ويأخذه وان شاء نقض البيع .

١٣٧٢ - ولو اقر لصاحب الشراء او لا فطلب المدعى للرهن والاجارة يمينه لم يستحلف له لأنه لو اقر لما قبل منه .

١٣٧٣ - قال : ولو ادعى كل واحد الاجارة فافر لاحدهما لم يستحلف الآخر ، وان اقر لهما جميعا فهما بالخيار على قول من يجيز اجارة المشاع .

١٣٧٤ - وقال لو ان رجلا ادعى على آخر انه اشترى الدار التي في موضع كذا ، وحددها بالف درهم وانه شفعها بدار له تلاصقها ، فقال المدعى عليه هذه الدار في يدي لابني الطفل فقد لزمه اقراره لابنه بالدار ، فان قل المدعى حلفه لي اني ما انا شفعها ، فانه اراد بهذا الاقرار دفعي عن حقي فانه لا يمين عليه لأنه لو اقر بالشراء بعد ذلك لم يقبل ، وهو خصم عن ابنه ، فان اقام المدعى بينة بالشراء فالأب خصم ويقضى عليه .

١٣٧٥ - وقالوا : لو ادعى رجل على آخر انه شريك له في الوصية اليه من فلان وطلب منه اليمين فلا يمين عليه ولا يسئله القاضي عن ذلك لأنه لو اقر ما جاز ذلك ، وان احضر بينة سمعها وجعله وصيا معه .

١٣٧٦ - وهذه مواضع لا يستحلف فيها وكل ما يرد من هذا الجنس فهو مثله .

١٣٧٧ - فاما ما يجب فيه اليمين فهو اكثر من ان يحصى في هذا الكتاب ، واذ نحن ذكرنا الدعاوى في المسائل من الكتب جاءت المسائل مشروحة في مواضعها ان شاء الله .

١٣٧٨ - ونحن نذكر ما يجب فيه اليمين على الجملة على البتات والعلم .

باب ما يجب فيه اليمين على البت وما يجب على العلم والفرق بينهما

- ١٣٧٩ - واصل هذا الباب ان كل حق ادعى على الانسان انه فعله او عقده او اعطاه او اخذه فاليمين فيه على البت والقطع .
- ٣١٨٠ - وكل ما ادعى نكاح غيره او بسبب غيره فهو على العلم .
- ١٣٨١ - هذا قول اصحابنا .
- ١٣٨٢ - وكان شريح يحلف على البت والقطع فيما يدعى على المدعى عليه من دين .
- فان حلف والا اخذه به .
- ٣٨٣ - وقال اذا كان لا يبك^(١) على انسان دين يدعيه ويقيم بيته فان حلف المدعى مع بيته والا لم يعطه .
- ١٣٨٤ - وقول ابراهيم [النخعي] يستحلف في هذا على العلم مثل قول اصحابنا .
- وبقولنا قال الشافعي في هذا الباب .
- ١٣٨٥ - قال اصحابنا : واذا ادعى رجل على آخر ان اباه مات وله عليه الف درهم فان اقر بموته سأل عن الدين ، فان انكر الدين حلفه : ما تعلم لهذا على ابيك هذا المال ولا شيئا منه .
- ١٣٨٦ - وان قال لم يصل الى من مال ابي شيء وادعى على أنه وصل اليه ما ادعاه وزيادة فانه يحلف على انه ما وصل اليك شيء من مال ابيك .
- ١٣٨٧ - ولو قال المدعى عليه ليس على يمين لأنه لم يصل الى شيء لم يقبل منه ويحلفه على علمه ما يعلم ان احدا^(٢) على ابيك المال الذي يدعى ولا شيء منه « لأن المدعى »^(٣) يثبت المال على الميت ويتبع تركته في يد من هي .

(١) كذا في جميع النسخ .

(٢) في نسخة قليج : ان لهذا .

(٣) الزيادة من نسخة قليج .

١٣٨٨ - وان ادعى على الوارث حقا سماء وانه على الميت او على وصيه ، فان الوارث يستحلف على علمه .

١٣٨٩ - وكذلك اذا ادعى الشراء على البائع قبله حلف على العلم انه لا يعلم انه اشترى مالا ادعاه قبله .

١٣٩٠ - وان عرض بذكر اقالة اورد بميب حلف انه ما يعلم ان هذا الشيء شرى لهذا من فلان قبل ان تشتريه انت .

١٣٩١ - وان ادعى رجل على آخر ان عبده اتلف مالا او جنى جناية في نفس او دونها خطأ فان المولى يحلف على علمه ، وان كان قتل عمد لم يكن على المولى يمين ، لانه لا يقبل قوله على العبد .

١٣٩٢ - وكذلك اذا ادعى الرجل على غيره انه دفع الى وكيله ما يجب او ما عليه ، حلف الموكل على العلم .

١٣٩٣ - وان ادعى الشراء منه او البيع او الاجاره ، واطلق فاليمين على البت .

١٣٩٤ - وان ادعى رجل على رجل دارا في يديه فقال المدعى عليه : هذه الدار ورثتها من ابي والمدعى يقول : وصلت اليك من غير ارث فانه يحلف على البت ولا يقبل قوله في الارث .

١٣٩٥ - وان قل المدعى عليه للقاضي احلف المدعى انها ما وصلت الى من ميراث ابي حلف على العلم ، فاذا حلف المدعى له على علمه احلف الوارث على البتات ، ولو امتنع المدعى من اليمين حلف الوارث على علمه^(١) .

١٣٩٦ - وان ادعى رجل على آخر ان اباه قد مات وله عليه كذا فقبض المدعى عليه : قد مات ابي ولهذا عليه ما ذكر ، فقال المدعى قد ترك مالا سماء ، مثل ما اقر له به او اكر ، فقال المدعى عليه ترك ابي هذا المال وهو لأخوتي وهم اثنان او ثلاثة كبار او بعضهم صغير وبعضهم كبير فان القاضي يجعل الالف كلها للغيريم ، ولا يقبل قول الابن ان هؤلاء اخوته بعد ما ثبت الدين على الميت ، اذا كانوا لا يعرفون الا بقوله ، وان كانوا يعرفون لم يقبل اقراره الا بحصته خاصة .

(١) من الفقرة ١٣٩١ الى اخر الفقرة ١٣٩٥ لم يرد في النسخة المعتمدة وانما ورد في نسخة قليج .

- ١٣٩٧ - وكل ما على هذا الجنس فعلى هذا الاصل • اذا كانت الدعوى على الغير فليمين على العلم ، وان كانت على الخصم فهي على البت •
- ١٣٩٨ - واذا قد ذكرنا حكم اليمين على المدعى عليه فقد بقى ان نذكر ردها على المدعى •

باب رد اليمين على المدعى

- من قل ترد اليمين ومن قل لا ترد على المدعى •
- ١٣٩٩ - اتفق الفقهاء في سائر الاعصار على العمل بما روى عن النبي (ص) من قوله البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه ، فجمع في هذا الخبر جميع البيئات وجميع الايمان فلا يجوز ان [توجه] يمين في جانب المدعى^(١) •
- ١٤٠٠ - وليس في رد اليمين سنة ثابتة تلققتها الامة بالقبول ، وانما في ذلك خلاف بين الصحابة والتابعين والفقهاء •

خلاف الفقه في تحويل اليمين

- ١٤٠١ - فالذى ذهب اليه اصحابنا ان اليمين لا تحول عن الموضع الذى وضعها رسول الله (ص) وهو قول ابن عباس والحكم وابراهيم •
- ١٤٠٢ - وقال مالك : اذا نكل المدعى عليه عن اليمين لم يقض عليه القاضى حتى يكلف المدعى ، ولا يستحلف القاضى المدعى حتى يرد المدعى عليه اليمين على المدعى •
- ١٤٠٣ - وقال الشافعى اذا نكل المدعى عليه حلف المدعى فان حلف استحق وان أبى لم يستحق •
- ١٤٠٤ - فان قال المدعى عليه : انا احلف قبل ان يستحلف المدعى ، قال ليس له ذلك لأنه قد ابطال اليمين عنه حيث جعلها على المدعى •

(١) جملة فجمع في هذا الخ لم ترد في نسخة منيچ

قضية بين عثمان والمقداد بن الأسود

١٤٠٥ - وقد روى الشعبي ان المقداد بن الاسود^(١) استسلف من عثمان بن عفان (رض) سبعة آلاف درهم فأتاه بأربعة آلاف درهم ، فقال عثمان : كانت سبعة آلاف ، قال المقداد ما كنت إلا أربعة ، فارتفعا الى عمر بن الخطاب (رض) وذلك في خلافته فقال المقداد : يا امير المؤمنين ليحلف انها كما يقول وليأخذها .

فقال عمر : قد انصفك احلف كما تقول وخذها .

فقال عثمان : لا احلف

فقال (عمر بن الخطاب) : فاما الآن فخذ ما اعطاك .

قال فآخذها

فلما قام المقداد قال عثمان :

(١) جاء في اسد الغابة : ان المقداد هو : ابن عمر بن ثعلبة البهرائي المعروف بالمقداد بن الاسود ، وهذا الاسود الذي ينسب اليه هو الاسود بن عبد يغوث الزهري ، وانما نسب اليه لان المقداد خالقه ، فتبناه الاسود فنسب ويقال له ايضا المقداد الكندي ، وانما قيل له ذلك لان اصاب دما في بهراء فهرب منها الى كنده فخالقهم ، ثم اصاب فيهم دما فهرب الى مكة فخالق الاسود ابن عبد يغوث ، وقال أحمد بن صالح هو حضرمي ، وخالق أبوه كندة فنسب اليها وخالق هو الاسود بن عبد يغوث فنسب اليه ، والصحيح انه بهراوى ، كنيته أبو معبد وقبل أبو الاسود ، وهو قديم الاسلام من السابقين ، وهاجر الى أرض الحبشة ثم عاد الى مكة ، فلم يقدر على الهجرة الى المدينة لما هاجر اليها رسول الله (ص) فبقى الى ان تمكن من الانحياز الى المسلمين في إحدى الغزوات ، وشهد بدرًا ، وله فيها مقام مشهور ، وفي موقعه بدر قال لرسول الله « أمض لما أمرت به فتحن معك ٠٠ أذهب أنت وربك فقاتلا إنا معكما مقاتلون ٠٠ » وكان المقداد أول من أظهر الاسلام بمكة ، قال ابن مسعود أول من أظهر الاسلام بمكة سبعة منهم المقداد ، وشهد أحد أيضا والمشاهد كلها مع رسول الله (ص) وله مناقب كثيرة وشهد المقداد فتح مصر ، روى عن النبي وروى عنه من الصحابة على وابن عباس والمستورد بن شداد وطارق بن شهاب وغيرهم ومن التابعين عبد الرحمن بن أبي ليلى وميمون بن أبي شبيب وعبيد الله بن عدي بن الخيار وجبير بن نفير وغيرهم . كانت وفاته بالمدينة في خلافة عثمان ، ومات بارض له بالجرف وحمل الى المدينة وكان عمره سبعين سنة (اسد الغابة ٤٠٩/٤ - ٤١١) .

والله ان كانت لسبعة آلاف فقال عمر : فما منعك ان تحلف وقد جعل ذلك
إليك ، والله ان هذه لسماء وان هذه لأرض ، وان هذه لشمس وان هذا لنهار •
فقال عثمان : خشية ان يوافق قدر بلا فيقال يمينه [كذا] •

(من كان يرد اليمين)

١٤٠٦ - وكان شريح يرد اليمين وكذلك الشعبي ويحيى بن سعيد وعمر
ابن عبدالعزيز وعبدالله بن عتبة •

فصل

قول الشافعي في النكول

١٤٠٧ - واختلف قول الشافعي في نكول المدعى عليه مع يمين المدعى •
فقال في أحد القولين هما بمنزلة البينة لانه حجة من جهة المدعى ، وقال في
القول الآخر بمنزلة الاقرار لان النكول صار من جهة المدعى عليه واليمين ترتبت
عليه فصار كإقراره •

١٤٠٨ - فان نكل المدعى عن اليمين سئل عن سبب نكوله ، وفرق بين المدعى
عليه وبينه حين لم يسأل لان نكول المدعى عليه اوجب للمدعى حقا في رد اليمين
والقضاء له ، فلم يجز سؤال المدعى عليه ، ونكول المدعى لا يجب لغيره حق يسقط
بسؤاله ، فان ذكر سبب او خيار فهو على حقه من اليمين ولا يضيق عليه في المدة
وترك ما تارك •

١٤٠٩ - وفي المدعى عليه قدر ثلاثة ايام ، فان قال منعني أبى لا اختار ان
احلف (كذا) حكم بنكوله وسقط حقه ، وان بذل اليمين بعد النكول لم يقبل في
هذه الدعوى لانه اسقط حقه فيها •

فصل

١٤١٠ - قال :

وان كان للمدعى شاهد واحد واختار ان يحلف المدعى عليه جاز ،
وينتقل اليمين الى جانب المدعى عليه •

١٤١١ - وان اراد ان يحلف مع شاهده لم يكن له ان يحلف في هذا
المجلس ، لأن اليمين انتقلت عنه الى جانب غيره فلم تعد اليه •

فان عاد في مجلس آخر ، واستأنف الدعوى جاز ان يقيم الشاهد ويحلفه معه ، لان حكم الدعوى الاولى قد سقط .

١٤١٢ - قال :

وان حلف المدعى عليه في الدعوى الاولى سقطت عنه المطالبة ، وان نكل عن اليمين له لم يقض عليه بنكوله وشاهد المدعى .

١٤١٣ - وهل يرد اليمين على المدعى ليحلف مع الشاهد ؟ فيه قولان اخدهما انها لا ترد لانها كانت في جانبه وقد اسقطها وصارت الى جانب غيره فلم تعد اليه كالدعى عليه اذا نكل عن اليمين فردت على المدعى فنكل عنها فانها لا ترد الى المدعى عليه .

١٤١٤ - والقول الثاني انها ترد لأنها غير الاولى لان اليمين الاولى لا يحكم بها الا فى المال وما يقصد به المال والثانية يقضى بها فى جميع الحقوق التى تسمع بها الدعوى .

١٤١٥ - قال :

وان قلنا لا ترد حبس المدعى عليه حتى يحلف او يقر ، وان قلنا ترد حلف مع الشاهد واستحق .

١٤١٦ - واذا قد ذكرنا اليمين وردها فلنذكر البينة بعد اليمين ما حكمها ؟

إقامة البينة بعد اليمين

١٤١٧ - اعلم ان الدعوى اذا توجهت وصحت وحصل الانكار من الخصم

فان القاضى يسئل المدعى الك بينة ؟

فان قال : نعم

سأله :

احاضره هى أم غائبه ؟

فان قال :

هى حاضرة

فان ابا حنيفة قال :

لا استحلفه واطلب البينة

وقال ابو يوسف :

اذا طلب الخصم استحلافه فانه يستحلفه لانه ربما يثورع ويقر فيمنسى
الخصم عن اقامة البينة وتعديل الشهود ، ولا استحلفه حتى يطلب الخصم ذلك .

١٤١٨ - وهذا قول الشافعى وعن محمد مثله •

١٤١٩ - واما ان كانت غائبة او كانت حاضرة ورأى القاضى ذلك فحلف

المدعى عليه ثم احضره القاضى يقضى بالبينة ويبطل اليمين لما روى (ابو) سعيد
الخدرى عن عمر بن الخطاب رض الله عنه انه قال .

اليمين الفاجرة احق ان ترد من البينة العادلة •

وهو قول شريح وطاووس وابراهيم •

وبه قال الشافعى وغيره •

١٤٢٠ - وقال ابن ابي ليل وغيره : قد مضى القضاء ولا يقضى بالبينة •

الإقرار بعد البينة

١٤٢١ - ولا خلاف انه لو اقر بعد اليمين قبل اقراره وحكم عليه فكذلك

اذا قامت البينة •

١٤٢٢ - وعكس ذلك اذا ابرأه من الحق فانه لا يقبل الامرين •

فصل

١٤٢٣ - ولا فرق عندنا بين ان يقول :

- احلف وانت برى •

او :

اذا حلفت فانت برى من الحق فحلف ثم قامت البينة بالحق انه يقضى

بالبينة لان البراءة لا تقف على شرط فلا تصح البراءة اذا حلف •

فصل

١٤٢٤ - فان قال المدعى عليه أحلفه لى انه يستحق ما شهدت به البينة

لم يخلفه لان فى ذلك طعنا فى البينة العادلة ، ولانه لا يجمع عليه اقامة
البينة واليمين •

١٤٢٥ - وكذا قال الشافعى ايضا •

فصل

١٤٢٦ - فان ادعى انه ابرانى من الحق او قضيه اياه فانه يحلفه انه لم يبره ولم يقضه لانه ليس فى ذلك قدح فى البينة ، وما يدعيه محتسب فحلف عليه .

فصل

١٤٢٧ - فان قال :

ليس لى بينة حاضرة ولا غائبة ، وكل بينة تشهد لى فهى كاذبة ، وطلب احلافه فحلف ثم اقام البينة فان ابا خيفة قال :

احكم بالبينة .

١٤٢٨ - وان قال :

لا بينة لى ولا شهادة لى عند فلان فيما ادعى ولا عند فلان ، ثم ادعى شهادتهما ، او قال :

كل شهادة يشهدون لى بها على هذا الحق فلا حق لى بها ثم احضر البينة حكم بها .

١٤٢٩ - هكذا روى الحسن بن زياد عن ابي خيفة .

١٤٣٠ - وقال محمد :

اذا قال ليست لى بينة عليه بهذا الحق ثم احضر بينة لم اسمعها ولم احكم بها .

١٤٣١ - وقال اصحاب الشافعى فى ذلك ثلاثة اوجه :

احدها انها لا تسمع لانه كذبها بقوله .

والثانى : انه اذ كان هو الذى استوثق بالبينة لم تسمع لانه كذبها .

وان كان غيره استوثق بالبينة سمعت لانه لم يعلم بالبينة فرجع قوله الى

ما عنده .

والثالث انها تسمع بكل حال لانه يجوز ان يكون ما علم ، وان علم

فلمله نسي فرجع قوله لا بينة لى الى ما يمتد .

١٤٣٢ - وقد ذهب بعض اصحابنا الى هذه الجملة .

فصل

أخذ الكفيل من المدعي عليه

١٤٣٣ - وان قال :

- لى بينة بما ادعيه فخذ لى كفيلا لاحضرها أخذ منه كفيلا ثلاثة ايام اذا كان من أهل المصر •

١٤٣٤ - وقال ابو يوسف أخذ منه كفيلا الى وقت يمكنه التقدم فيه •

١٤٣٥ - وقال قتادة وابو هاشم ليس عليه اقامة كفيل •

وهو قول الشعبي •

١٤٣٦ - وعن شريح انه قال لا كفالة في حد •

١٤٣٧ - وقال بعض اصحابنا :

هذا يدل على انهم كانوا يأخذون فى غير الحد •

١٤٣٨ - وقال ابو يوسف :

وعلى اخذ الكفيل ادركنا قضائنا يعملون •

١٤٣٩ - وقال الشافعى :

ليس له ملازمته ولا أخذ الكفيل •

١٤٤٠ - قال اصحابنا :

وان كان الرجل مسافرا اجله الى حين قيامه من المجلس ، فان احضر

بينه والا خلى سبيله •

١٤٤١ - فان اشكل عليه هل هو مسافر او مقيم فان أقر الطالب انه مسافر

اجله المجلس وان انكر وادعى انه مقيم عمل على ما يصح عنده من ذلك •

١٤٤٢ - وان كانت الدعوى فى حد القذف او قصاص فى النفس او فيما

دونها من طرف او جراحة فان ابا خيفة قال لا كفالة فى ذلك •

وقال ابو يوسف آخذه بالكفيل ثلاثة ايام ، وان أقر المطلوب او قامت

بينه حبسه ولم يأخذ كفيلا •

١٤٤٣ - وان كانت الجراحة يجب بها المال ولا حكم للقصاص فى ذلك

آخذه بالكفيل •

فصل

١٤٤٤ - وان شهد له عليه شاهد واحد عدل حبسه القاضي الى ان يتم الشهادة ، وان لم يعرف الشاهد لم يحبسه .

١٤٤٥ - وقال بعض اصحاب الشافعي في ذلك قولين :

احدهما مثل ما قلناه .

والثاني لا يحبسه .

١٤٤٦ - ومنهم من فرق وقال :

ان كان الحق مما يثبت باليمين مع الشاهد حبسه لان الخصم يتمكن من وصوله الى حقه بيمينه مع الشاهد .

وان كان بخلاف ذلك لم يحبسه .

١٤٤٧ - وقال ابو يوسف ومحمد اذا شهد واحد عدل كفلناه ولم يحبسه .

١٤٤٨ - وقال اصحابنا :

وان كانت الدعوى في حد الزنا وشرب الخمر والسكر من النية وطلب الكفيل لم يؤخذ به ولم يلزمه ، وكذلك حد السرقة اذا طلب القطع لم يؤخذ الكفيل وان طلب المال اخذ .

١٤٤٩ - ويؤخذ الكفيل فيما يجب فيه التعزير .

١٤٥٠ - وقال ابو يوسف ومحمد آخذ في دعوى القصاص الكفيل وفيما

بتملق بحقوق الناس وكذلك اذا قام الشهود ولم يعدلوا وطلب الكفيل حتى يعدلها فله ذلك .

١٤٥١ - ويختار كفيل موثوق به وله مال

١٤٥٢ - واختلف اصحاب الشافعي اذا طلب الخصم حبسه حتى يسأل

عن البيعة في الباطن :

فمنهم من قال يحبس وهو الصحيح لان الظاهر العدالة .

والثاني وهو قول الاصطخري لا يحبس لان الاصل براءة الذمة .

فصل

ملازمة الممتنع عن الكفيل

- ١٤٥٣ - وان امتنع من الكفيل فله ملازمته بالنهار والليل حتى يحضر البينة .
١٤٥٤ - وقال الشافعي ليس له ملازمته ، لان النبي عليه الصلاة والسلام قال :
- (شاهدك او يمينه ليس لك الا ذلك) .
١٤٥٥ - وانما قلنا له ذلك لثلا يؤدي الى مرهه فيضيع حق المدعى .
١٤٥٦ - وقد اتفق الجميع على احضاره من البلد بقول المدعى .

فصل

- ١٤٥٧ - فان ادعى ما ينقل ويحول وهو في يده وطلب الكفيل بهما
جميعا فله ذلك وان ابي امر القاضي ان يلزمه ويلزم ذلك الشيء حتى يعطيه
كفيل بهما .

١٤٥٨ - وقال الشافعي :

ليس له الملازمة ولا لزوم ذلك الشيء .

١٤٥٩ - وقال اصحابنا :

في العقار يأخذ كفيل بنفسه دون العقار .

- ١٤٦٠ - وان اعطاه فيما ينقل ويحول بالشيء كفيل دون نفسه فله ان
يلزمه حتى يعطيه كفيل بنفسه . وان قال انا اقيم وكفيل عن نفسي جائز ما صنع
على ، وقد اقيمت بالشيء كفيل قبل ذلك منه .
١٤٦١ - وان كانت الدعوى في دين كان عليه ان يقيم كفيل مع الوكيل
بنفسه .

- ١٤٦٢ - وان قال انا اعطيته كفيل بالمال والمسألة بحالها لم يقبل منه
الا برضى الخصم .

- ١٤٦٣ - واما العقار اذا اعطاه وكفيل في خصومته وأخذ من الوكيل كفيل
بنفسه دفع العقار الى الوكيل واما ان يعطيه كفيل بنفسه لم يجبر على ذلك .

فصل

هل يحكم بعد البينة في غيبة المدعي عليه؟

- ١٤٦٤ - واذا قامت البينة بشيء من ذلك ثم غاب المدعى عليه ، ولم يكن له

كفيل او كان فغاب الكفيل او غاب الوكيل وزكيت البينة واراد المدعى من
القاضي الحكم فانه لا يقضى بشيء من ذلك •

١٤٦٥ - وهذا قول محمد بن الحسن لانه قضاء على غائب •

١٤٦٦ - وقال ابو يوسف انه اذا كان قد سمع البينة على الخصم او وكيله

ثم تغيب هو او وكيله فانه يحكم عليه وينفذ القضاء ويجعله على حجة •

١٤٦٧ - وقال الشافعي :

يقضى عليه مع الغيبة •

فصل

اثبات الوصية والوكالة

١٤٦٨ - وان ادعى الوصية او الوكالة من الغير وطلب الكفيل حتى يقيم

البينة بالوصية والدين لمن وكله لم يجبه الى ذلك •

١٤٦٩ - ولو كانت الوصية والوكالة ثابتة عنده وطلب الكفيل أخذ له

الكفيل واخذه ثلاثة ايام كما اذا ادعى الحق لنفسه •

١٤٧٠ - ولو شهد له بالوصية والوكالة وام ترك البينة وطلب الكفيل ، لم

يكن له ذلك ، انما له ذلك اذا شهدت البينة وحكم بالوصية والوكالة وهو قول

أصحابنا جميعا •

١٤٧١ - ولو ادعى الدين والوصية في مجلس واحد وأقام بذلك شهوده

فانه تسمع بيته الوصية والوكالة ، وتسمع الشهادة على الحق ويقضى به وينفذ

الجميع استحسانا •

١٤٧٢ - والقياس أن لا يثبت الحق ولا بينة عليه حتى تثبت الوصية

والوكالة اولاً ، فاذا حكم بذلك سمع بعد ذلك الدعوى على الحق الذي يدعيه •

١٤٧٣ - وحكى الخصاصف خلاف ابى حنيفة وابى يوسف فقال :

على قول ابى حنيفة لا يقبل وعلى قول ابى يوسف يسمع على الجميع

دفعه واحدة •

فصل

١٤٧٤ - ولو أن رجلا احضر رجلا الى الحاكم وقال له أن هذا وصي فلان أو وكيله وطلب من الحاكم أن يأخذ منه كفيلا حتى يثبت الوصية أو الوكالة لم يجبه الى ذلك، وكذلك ان أقر بالوصية وقال ليس في يدي للميت حق فالقول قوله في ذلك ، وان طلب المدعى ان يأخذ منه كفيلا ليثبت الحق عليه ثم يبيع مال الميت اجابه الى ذلك •

فصل

١٤٧٥ - وأن ادعى على رجل ان أباه مات وانه وارثه وان أخاه مات وهو وارثه وان على هذا الرجل حقا لهما وأريد أن آخذ منه كفيلا حتى أقيم البينة بما ذكرت أخذ منه كفيلا لمدة ثلاثة أيام •

١٤٧٦ - وكل حق ادعاه انسان لنفسه وطلب الكفيل أخذ به الا المسافر وما لا يجوز أخذ الكفيل به مما تقدم •

فصل

١٤٧٧ - ويؤخذ للرجل من المرأة والمرأة من الرجل اذا كان كل واحد يدعى النكاح على الآخر ، حتى يقيم البينة أو يعدل ، وكذلك اذا ادعى رق العبد أو الامه •

فصل

١٤٧٨ - واذا مات المطلوب بالحق أو مات الكفيل بطلت الكفالة (١) وأن مات الطالب فالكفيل على حاله •

١٤٧٩ - وأن سلم الكفيل المكفول به الى وصي الميت برىء وأن سلمه الى وارثه برى من حصة ذلك الوارث ، ولمن بقى حقه من الكفالة بحاله •

(١) والحكم بعكس ذلك في القانون المدني العراقي فقد نصت المادة ١٠٤٧ على أنه :

« اذا مات الكفيل بالمال يطالب بالمال المكفول به من تركته » •

فصل

١٤٨٠ - وإذا قدم الرجل الى الحاكم رجلا فانكر فاحلفه ثم قدمه ثانية فقال المدعى عليه بجميع دعواه لم يجبره القاضي على ذلك اذا رأى ذلك وان علم انه بئنه أمره ان يجمع الدعوى •

فصل

١٤٨١ - وان شهد على الرجل عند الحاكم بحق عدلان ، وهو لا يعلم ان له دفع البينة فان القاضي يقول له :

- قد شهد عليك فلان وفلان وقد ثبت عندي عدالتهما ، فهل عندك ما يجرحهما ؟ فان اتى بما يوجب الجرح وقفت الشهادة •

١٤٨٢ - هذا اذا كان لا يعلم المدعى عليه ذلك ، فان كان علما بذلك فللحاكم أن يقول له ذلك وله ان يسكت •

١٤٨٣ - وعند ابي حنيفة الحكم ماض ما لم يطمئن الخصم وقد مضت •

١٤٨٤ - وان قال :

لى بينة بالقضاء أو الإبراء أجل ثلاثة أيام فى ذلك والا حلف المدعى عليه انه لم يبره ولم يقضه ، وله أن يلازمه الى أن يقيم البينة بالجرح أو القضاء لأن الحق قد ثبت فى الظاهر ، وكل هذا قول الشافعى ايضا فى هذا الباب •

١٤٨٥ - واذا قد ذكرنا حكم الشهادة والنكول والايمان وما تقدم فى هذه الابواب وجب ذكر الرجوع عن الشهادة •

باب الرجوع عن الشهادة^(١)

وهذا باب الرجوع عن الشهادة :

١٤٨٦ - كان الواجب أن يؤخر هذا الباب الى بعد الفراغ من جميع ما يقضى القاضى من الحقوق غير أن فى تقديمه معرفة حكم الرجوع قبل علم ما يرجع عنه ، لانه ينبغي أن يكون مضموماً الى الشهادة لانه يتلوها في الكتب ، فلهذا قدمنا ذلك لاننا رتبنا الكتاب على غير ترتيب من تقدم فى هذا العلم .

١٤٨٧ - واتفق الفقهاء على أن الشهود اذا رجعوا بعد الحكم والقضاء انه لا يبطل القضاء .

سابقة من أقضية علي

١٤٨٨ - ونحن تفصل مسائل الرجوع فى ذلك على الوفاق والخلاف .

١٤٨٩ - والاصل فى هذا الباب ما روى الشعبي أن رجلين أتيا عليا رضي الله عنه برجل فشهدا عليه انه سرق فقطع على يده ، ثم جاء بعد ذلك بأخر فقالا غلطنا في الاول انما كان هذا الذى سرق فابطل عليه السلام شهادتهما على الآخر وضمنهما دية الاول ، وقال :

لو علمت أنكما تعمدتما لقطعت أيديكما .

رجوع الشهود قبل الحكم

١٤٩٠ - قال أصحابنا اذا رجع الشهود قبل الحكم بطلت الشهادة ولا يحكم بشئ . وهو قول عامة الفقهاء .

١٤٩١ - وقال أبو ثور يحكم بشهادتهما لانهما يحتمل ان يكونا صادقين فى الشهادة كاذبين فى الرجوع . ويحتمل أن يكونا صادقين فى الرجوع كاذبين فى الشهادة فلا يحكم مع الشك كما اذا جهل عدالة الشهود .

الرجوع بعد القضاء فى المال

١٤٩٢ - وان رجعا بعد القضاء فى المال غرما ما شهدا به ، ولا يرد الحكم .

الرجوع قبل الاستيفاء

١٤٩٣ - وأن رجعا بعد الحكم قبل الاستيفاء فان كان فى حد أو قصاص

(١) رجع السميناني في أكثر مسائل هذا الباب الى ما جاء فى مختصر الطحاوى بهذا العنوان (ص ٣٤٤ وما بعدها) .

لم يجز الاستيفاء لان هذه الحقوق تسقط بالشبهة والرجوع شبهة ظاهرة فلم
يجز الاستيفاء .

١٤٩٤ - وقد كان حماد بن سليمان ^(١) يقول : ان كان حال الشاهد عند
الرجوع خيرا من حاله عند الشهادة فان القضاء يبطل ، ويضمنان للمقضى له
مثل الحق .

١٤٩٥ - وكان أبو حنيفة يقول ذلك ثم رجع الى انه لا يبطل القضاء فصار
ايضا هذا شبهة في منع الاستيفاء .

١٤٩٦ - وان كان المشهود به مالا او عقارا او ديناً فانه يستوفى ذلك كله
وعليهما الضمان ، وهو ظاهر مذهب الشافعي .

١٤٩٧ - وقال أصحابه ينقض لان الحكم غير مستقر قبل الاستيفاء وهذا
لا يصح لان الحكم نفذ والشبهة لا تؤثر فيه فجاز الاستيفاء .

(١) في نسخة قليج : حماد بن ابي سليمان وهو الصواب فهو حماد بن
ابي سليمان مسلم الاشعري مولاهم ابو اسماعيل الكوفي الفقيه روى عن انس
وزيد بن وهب وابن المسيب وسعيد بن جبير وعكرمة وابي وائل وابراهيم
النخعي والشمسي وغيرهم ، وعنه ابنه اسماعيل وعاصم الاحول وشعبة والثوري
وحمد بن سلمة ومسعر وهشام المستوائي وابو حنيفة والحكم والاعمش
والغيرة ، وهم من اقرانه وجباة وكان حماد اخى شيوخ الامام ابي حنيفة وعليه
مدار حديثه وفقهه ، لزمه عشرين سنة حتى مات سنة عشرين ومائة .

فصل

رجوع الشهود بما يوجب القتل

١٤٩٨ - وان شهدوا بما يوجب القتل ثم رجعوا فانه لا يقتل واحد منهم في كل حال .

وقال الشافعي ينظر فان قالوا تعمدنا القتل بشهادتنا وجب عليهم القود ، وهو قول الحسن و ابراهيم .

١٤٩٩ - لنا ان ^(١) الشهود لم يقتلوا وهم سبب يجوز ان ينفك مسيه عنه فلا يجب القود .

١٥٠٠ - وهم يقولون هما الجاء الى قتل المشهود عليه فصارا كما لو اكراهاه .

١٥٠١ - وفرق أصحابنا بين الامرين بان الولي بالخيار ان شاء قتل وان شاء لم يقتل بخلاف المكره فانه ملجأ .

١٥٠٢ - ولو كان الحاكم كالمكره لوجب القصاص على الحاكم .

١٥٠٣ - قال (أي الشافعي) وان قالوا تعمدنا الشهادة ولم نعلم أنه يقتل ، وهم يجهلون قتله وجبت عليهم دية مغلظة لما فيه من الممد ومؤجلة ^(٢) لما فيه من الخطأ .

١٥٠٤ - وان قالوا اخطأنا وجبت عليهم دية مخففة لانه خطأ لا يتحملة العاقلة لانها وجبت باعترافهم وهذا يبين لك انهم ليسوا في حكم المكرهين للقاضي .

(١) اصل العبارة في جميع النسخ (لان) ولا يستقيم المعنى بها فابعدنا بها ما ذكر ليستقيم ولتكون العبارة اللاحقة حجة للمحنفية على قول الشافعي والحسن و ابراهيم . وعلى كل حال فان اسلوب السمناني يستدل منه على انه كثيرا ما يبدأ احتجاجه لاقوال منعه ونقض منعه مخالفيه : بقوله لان .

(٢) كذا في جميع النسخ وسياق الكلام ان يقول : مخففة فسي مقابلة مغلظة .

فصل

١٥٠٥ - وان اتفقوا على ان بعضهم تعبد وبعضهم اخطأ وجب على المخطئ قسطه من الدية المخففة وعلى المتعمد قسطه من الدية المغلظة ، ولا يجب عليه القود مشاركة المخطئ له .
١٥٠٦ - وقال ربيعة (١) :

اذا رجعوا عن القتل والقطع فعليه العقل ولا عقوبة عليهم لان التائب لا يعاقب مخافة ان لا ينزع أحد (٢) ، وان نزع بعضهم واقام بعض كان العقل على من نزع .

فصل

١٥٠٧ - قال الشافعي :

وان اختلفوا فقال بعضهم تعمدنا كلنا وقال بعضهم بل اخطأنا كلنا وجب على المقر بمعد الجميع القود ، وعلى المقر بخطأ الجميع قسطه من الدية المخففة فجمع بين القود والمال في نفس واحدة .

فصل

١٥٠٨ - وان كانوا أربعة شهود بالرجم فقال اثنان منهم عمدنا واخطأ هذان وقال الاخران بل عمدنا واخطأ الاولان ففيه قولان :

احدهما انه يجب القود على الجميع لان كل واحد اقر بالعمد .
والثاني لا قود على احد منهم بل يجب على كل واحد قسطه من الدية المغلظة لانه لا يؤخذ احد الا باقراره ، وكل واحد منهم اقر بعند شاركه فيه مخطئ فلا يجب عليه القود باقرار غيره بالعمد .
قالوا وهو الصحيح .

(١) لعل المقصود به ربيعة الرأي فقيه الحجاز الشهير .

(٢) نزع عن الصبي والامر ينزع نزوعا كف وانتهى وربما قالوا : نزعا (لسان العرب) .

فصل

- ١٥٠٩ - وأن قال اثنان : تعمدنا كلنا ، وقال الآخرون عمدنا واخطأ
الاولان ، فعلى الاولين القود وفي الآخرين قولان احدهما يجب عليهما القسود
والثاني وهو المذهب لا يجب ، ويجب عليهما قسطهما من الدية المغلظة •
- ١٥١٠ - وان قال بعضهم عمدت ولا أعلم حال الباقيين ، فان قل الباقيون
عمدنا وجب القود على الجميع ، وان قالوا اخطأنا سقط القود على الجميع •

فصل

رجوع الشهود بالزنا

- ١٥١١ - وإذا شهد أربعة بالزنا ، فإن رجعوا قبل القضاء حدوا جميعا ،
وان رجعوا بعد القضاء والاستيفاء غرموا الدية ووجب عليهم الحد .
١٥١٢ - وقال زفر : يغرمون الدية ولا حد .
١٥١٣ - وقال ابن ابى ليلى يقتلون جميعا والشافعى قوله تقدم .
١٥١٤ - وان رجع واحد منهم بعد القضاء والحكم والاستيفاء فعلى الراجع
ربيع الدية والحد فى قول الثلاثة من علمائنا . وقال زفر لاخذ لان المقدوف
ميت ولا حد على الثلاثة فى قولهم جميعا .

فصل

- ١٥١٥ - وان رجع قبل القضاء والامضاء فعلى الجميع الحد الراجع ومن
بقى فى قول ابى حنيفة وابى يوسف ومحمد . وقال زفر يحد الراجع وحده ،
وهو قول الشافعى .

فصل

- ١٥١٦ - وان رجع بعد القضاء قبل الامضاء حد واحد من بقى فى قول
ابى حنيفة وابى يوسف الاخر ، كما لو رجع قبل القضاء .
١٥١٧ - وقال محمد يحد الراجع وحده كما بعد الامضاء .

فصل

- ١٥١٨ - وان شهد بالحد خمسة فما زاد ثم رجع ما زاد على الاربع فلا
حد عليه ولا ضمان لبقاء من يثبت معه الحد من الشهود .
١٥١٩ - وكذلك قال الشافعى لا قود على من رجع مع بقاء الاربعة .
١٥٢٠ - وهل يجب عليه من الدية شيء ؟

قالوا فيه وجهان احدهما انه لا يجب لبقاء وجوب القتل عليه ، والثانى
يجب خمس الدية لان الرجم هو ^(١) بشهاداتهم والصحيح عندهم مثل قولنا •

فصل

١٥٢١ - واذا رجع اثنان من الخمسة وقالوا اخطأنا كلنا ففي الدية وجهان
احدهما انهما يضمنان الحسنيين اعتبارا بعددهم ، والثانى انهما يضمنان ربع
الدية ، وهو قولنا في الرجوع تعتبر ابدا من بقى من الشهود فثبت به ما ثبت
من البينة والباقي ثلاثة ارباع الدية •

فصل

رجوع شهود الإحصان

١٥٢٢ - واذا رجع شهود الزنا وشهود الاحصان بعد الرجم فالضمان
عندنا على شهود الزنا خاصة ، ولا ضمان على شهود الاحصان •

١٥٢٣ - وقال زفر الضمان على الفريقين بينهم نصفان بالسوية •

١٥٢٤ - وقال اصحاب الشافعي في شهود الاحصان ثلاثة أوجه :

١٥٢٥ - احدهما انه لا يجب لانهم لم يشهدوا بما يوجب القتل وهذا
قولنا •

والثانى انه يجب على الجميع لان الرجم لم يستوف الا بهم ، وهذا
قول زفر •

والثالث انهما ان شهدا بالاحصان قبل ثبوت الزنا يضمنان على وجهين
احدهما نصف الدية والثانى يجب عليهما ثلث الدية لانه رجم بشهادة ستة
فوجب على الاثنين ثلث الدية •

فصل

١٥٢٦ - وان شهد اربعة بالزنا ، وشهد اثنان منهما بالاحصان قبلت
شهادتهم •

(١) فى نسخة قليج : حصل

١٥٢٧ - وقال الشافعي تقبل الا فيما يجزان بهذه الشهادة الى انفسهما
نفعا أو يدفعان بها عنهما غرما •

فصل

١٥٢٨ - فإن شهدوا رجم الشهود عليه ثم رجعوا فالدية عليهم ارباعا لان
شهود الاحسان لا يضمنون •

١٥٢٩ - وقال أصحاب الشافعي اذا قلنا يجب الضمان على شهود الاحسان
ففي هذه المسئلة وجهان :

أحدهما انه لا يجب لأجل الشهادة بالاحسان بشيء بل يجب على من
شهد بالاحسان نصف الدية كأربعة انفس جنا اثنان منهما جنايتين واثنان أربعة
جنايات •

والثاني انه يجب الضمان لأجل الشهادة بالاحسان •

واذا قلنا يجب على شاهدي الاحسان نصف الدية وعلى شاهدي الزنا
النصف وجب ههنا على الشاهدين بشهادتهما بالاحسان نصف الدية وقسم النصف
بينهم نصفين على شاهدي الاحسان النصف وعلى الآخرين النصف فيصير على
شاهدي الاحسان ثلاثة أرباع الدية وعلى الآخرين ربعها •

واذا قلنا يجب على شاهدي الاحسان ثلث الدية وجب ههنا عليهما الثلث
بشهادتهما بالاحسان وقسم الباقي بينهم نصفين فيصير على شهود الاحسان ثلثا
الدية وعلى شهود الزنا الثلث •

فصل

ضمان شهود التزكية

١٥٣٠ - وإذا شهد على رجل أربعة بالزنا وشهد اثنان بتزكيتهم ثم بان أن الشهود كانوا كفارا أو عبيدا وجب الضمان لان المرجوم قتل بغير حق ولا شيء على شهود الزنا لانهم يقولون انا شهدنا بالحق ولولى الدم ان يطالب من شاء من الامام والمزكين لان الامام رجم والمزكين الجاء فان طالب الامام رجع على المزكين لانه رجمه بشهادتهما •

وان طالب المزكين لم يرجع على الامام لأنهما كآالة له •
وهذا قول الشافعي •

١٥٣١ - وقال أصحابنا :

ما كان من خطأ الامام فى الحدود فالضمان فى بيت المسال وما كان من أحوال الناس فالضمان على المحكوم له ، وكذلك القصاص •
١٥٣٢ - وان رجع المزكون فى الزنا او بان أن الشهود عبيد أو كفار وقد رجم المشهود عليه غرموا الدية فى قول ابي حنيفة •

ضمان الدية

١٥٣٣ - وعندنا اذا بان رقى الشهود أو كفرهم فالدية فى بيت المال •
وهذا فى الزنا •

١٥٣٤ - وقد اختلف عن ابي حنيفة فى الدية اذا استوفى الولي القود فروى عنه ان ضمان الدية فى مال المشهود له [للمشهد عليه]^(١) • وروى عنه انها على عاقلته ذكره الطحاوي فى مختصره^(٢) •

(١) هذه الزيادة من مختصر الطحاوي ، ص ٣٥٠ •

(٢) عبارة الطحاوي فى مختصره فى هذه المسئلة هى :

« وقد اختلف عن ابي حنيفة رضى الله عنه ، فروى عنه من ذلك ان ضمان الدية فى مال المشهود له ، وروى عنه انها على عاقلته ، وبه نأخذ •

فصل

الرجوع عن الشهادة بالعتق

١٥٣٥ - وإذا فهدا بالعتق ثم رجعا بعد الحكم وجب عليهما قيمة العبد لانهما اتلفاه عليه حكما فضمناه كما لو اتلفاه (حقيقة) (١) .

فصل

الرجوع عن الشهادة بالتدبير

١٥٣٦ - ولو شهدا بالتدبير ثم رجعا بعد الحكم فعليهما ضمان ما بين قيمة العبد مدبرا الى قيمته غير مدبر .

١٥٣٧ - فان مات المولى بعد ذلك وعق العبد من الثلث كان عليهما ضمان بقية قيمته عبدا للورثة .

فصل

الرجوع عن الشهادة بالكتابة

١٥٣٨ - ولو شهدا بالكتابة انه كاتبه على الف درهم الى سنة وقيمة العبد ألف ففضى بذلك ثم رجعا فان المولى بالخيار ان شاء ضمن الشاهدين الف درهم حالة وان شاء اتبع المكاتب بالف درهم ، الخيار له ، فان ضمن الشاهدين رجعا على المكاتب بمال الكتابة الى أجله فاذا قضيا ذلك احتسبا من ذلك ألف درهم لانفسهما وتصدقا بالفضل من ذلك لانه ربح ما لم يضمن (٢) .

١٥٣٩ - واى الوجهين كان وعق المكاتب فان ولأه لمولاه .
ولو لم يعتق المكاتب وعجز فعاد رقيقا برى الشاهدان من الضمان ووجب على المولى رد شيء ان كان قبضة منهما من قيمته عليهما (٣) .

(١) زدنا ما بين قوسين لتستقيم الجملة ولم ترد هذه الزيادة فى نسخة قليج . وقد وردت هذه المسألة فى مختصر الطحاوى (ص ٣٤٨) وزاد فيها قوله : ويكون ولاؤه لمولاه دونهما .

(٢) مختصر الطحاوى (ص ٣٤٨ - ٣٤٩) .

(٣) ايضا (ص ٣٤٩) .

فصل رجوع شاهدي الطلاق

١٥٤٠ - وان شهد شاهدان انه طلق امرأته ثم رجعا بعد الحكم ، فان كان بعد الدخول فلا ضمان عليهما لانهما لم يتلغا عليه ماله قيمة فصار كما لو اتلفاهما •

١٥٤١ - وقال الشافعي :

يجب عليهما مهر المثل لأنهما اتلفا عليه مقوما كما لو اتلفا ماله قيمة •
١٥٤٢ - وان كان قبل الدخول رجع على الشاهدين بنصف الصداق ان كان لها مسمى ، وان كان الواجب لها المتعة فعليهما ما يقضى عليه من ذلك لانهما قررا عليه ما هو بعرض السقوط •
١٥٤٣ - ولاصحاب الشافعي طريقان في وجوب الضمان •

فصل رجوع شاهدي الطلاق وشاهدي الدخول

١٥٤٤ - واذا شهد اثنان بالطلاق وآخران بالدخول ، ثم رجع الجميع ، والصداق المقضى به لها الف فان القاضي يقضي بضمان الصداق عليهم ارباعا ، على شاهدي الطلاق من ذلك الربع وعلى شاهدي الدخول من ذلك ثلاثة ارباعه •

فصل

١٥٤٥ - واذا شهدا بالنكاح وهى تجدد على صداق الف ، ثم رجعا ، فالنكاح بحاله ونظر الى الالف فان كان قدر مهر المثل فلا ضمان عليهما وان كان ناقصا عن مهر المثل لم يضمنوا ايضا لانهما اتلفا ما ليس له قيمة (١) •
١٥٤٦ - وعن ابى يوسف انها يضمنان تمام مهر المثل (٢) •

(١) مختصر الطحاوى ، ص ٣٤٥ •

(٢) لم يرد قول ابى يوسف فى مختصر الطحاوى ، ص ٣٤٥ •

١٥٤٧ - وإن كانت المرأة هي المدعية ضمنا للزوج ما زاد على قدر مهر المرأة لأنه مال اتلفاه عليه .

فصل

رجوع شاهدي البيع

١٥٤٨ - وإذا شهدا بالبيع وقضى به القاضي وسلم المبيع ثم رجعا فإن كان الثمن بقيمة المبيع فلا رجوع عليهما بحال ، وإن كن في ذلك نقص عن (قيمة) المبيع رجع عليهما بتمام القيمة وفاضل الثمن ايهما كان المنكر بخلاف النكاح في ذلك .

فصل

رجوع شاهدي الإجارة

١٥٤٩ - وإن كان رجوعهما عن الإجارة :
إن كان المدعي صاحب الدار فلا ضمان عليهما فيما زاد من اجرة المثل وإنما ينظر الى الاجرة المقضي بها فإن كانت المنفعة التي استوفاهما المستأجر فيها بقيمة الاجرة فلا شيء عليهما وإن كانت أكثر من القيمة رجع بالفضل عليهما .

فصل

رجوع الشاهدين في شهادتهما على ولي المقتول بالعفو عن القاتل

١٥٥٠ - وإذا شهدا على ولي المقتول بالعفو عن القاتل وقضى عليه بذلك ثم رجعا عن الشهادة فإن أبا حنيفة ومحمدا قالا لا ضمان عليهما ، وهو قول أبي يوسف الذي زواه محمد ، وروى أصحاب الامالي عن أبي يوسف أنه قال عليهما ضمان الدية لولي المقتول .

رجوع الشاهدين على الصلح بين

ولي المقتول والقاتل على مال

١٥٥١ - ولو لم يشهد على العفو ولكنهما شهدا على القاتل أنه صالح ولي المقتول من الدم على مال ثم رجعا عن شهادتهما فإنه ينظر فيما شهدا عليه من المال فإن كان مقدار الدية أو دونها فلا ضمان عليهما ، وإن كان أفضل من ذلك فعليهما ضمان الفضل لأن العفو ليس بمال ، وما زاد على الدية فقد اتلفاه عليه .

فصل

العدد في الرجوع

- ١٥٥٢ - وإذا شهد رجل وامرأتان بالمال ثم رجعوا وجب على الرجل النصف وعلى كل واحدة من النساء الربع لان كل امرأتين كالرجل •
- ١٥٥٣ - وان شهد ثلاثة رجال ثم رجعوا وجب على كل واحد الثلث وان رجع واحد وبقي اثنان فلا ضمان عليه عندنا •
- ١٥٥٤ - وقال أصحاب الشافعي يلزمه ضمان الثلث لان المال يثبت بشهادة الجميع في أحد الوجهين ، والثاني مثل قولنا •

فصل

- ١٥٥٥ - فان رجع اثنان وبقي واحد فعلى الراجعين النصف كل واحد الربع •
- ١٥٥٦ - وان شهد رجلان وامرأة وقضى بالحق ثم رجعوا جميعا فالضمان على الرجلين دون المرأة •

فصل

رجوع عن شهادة شهد فيها رجل وعشر نسوة

- ١٥٥٧ - وان شهد رجل وعشر نسوة ثم رجعوا عن الشهادة فعلى الرجل السدس وعلى النسوة خمسة أسداس ، لان كل امرأتين برجل • وقال أبو يوسف ومحمد على الرجل النصف وعلى جميع النسوة النصف ولاصحاب الشافعي وجهان مثل الخلاف بين أصحابنا •
- ١٥٥٨ - قالوا والمذهب قول أبي حنيفة ^(١) •

فصل

- ١٥٥٩ - وان رجع ثمانى نسوة فلا ضمان عليهن عند اصحابنا جميعا •

(١) صرح الطحاوي في مختصره (ص ٣٤٧) انه يأخذ بقول أبي يوسف ومحمد في هذه المسألة •

- ١٥٦٠ - قال أصحاب الشافعي وهو الصحيح عندنا •
 ١٥٦١ - وإن رجع تسع نسوة فعليهما الربع لأنه بقي ما يثبت به ثلاثة أرباع الحق •
 ١٥٦٢ - ولو رجع الرجل ثمان نسوة فعلى الرجل نصف الحق لأنه قد بقي امرأتان تشهدان بالحق •

فصل

- ١٥٦٣ - وإذا شهد ذمي بضمير ثم رجعا فاسلم المطلوب فلا ضمان على الشاهدين وإن اسلم الشاهدان يضمنان في قول محمد وهذا مثل غضب الخمر •

فصل

- ١٥٦٤ - وإذا شهد شاهدان على شهادة اربعة ، وشهد آخران على شهادة شاهدين ثم رجع الفريقان فأبو يوسف يجعل الضمان على من شهد على الاربعة الثلثان والثلث على من شهد للاتين (١) •
 ١٥٦٥ - وقال محمد الضمان على الفريقين نصفان •
 ١٥٦٦ - وإذا شهد اثنان على اثنين وشهد اثنان على آخرين ثم رجع من كل واحد من الفريقين واحد ، فنصف الضمان على الراجعين في رواية الاصل ، ويقال انه قول أبي يوسف •
 ١٥٦٧ - وقال في الجامع الكبير : على الراجعين ثمان ونصف ثمن ، ويقال هو قول محمد •

فصل

- ١٥٦٨ - وإذا شهد شاهدان على شهادة شاهدين وقضي وحضر الاولار فانكرا الاشهاد فلا ضمان على أحد الفريقين في قولهم جميعا •
 ١٥٦٩ - ولو أقرا بالاشهاد ورجعا وقالوا كذبنا فلا ضمان عليهما في قول أبي حنيفة وأبي يوسف •

(١) في نسخة قليج : على الاثنين •

- ١٥٧٠ - وقال محمد يجب الضمان •
- ١٥٧١ - ولو رجع شهود الفرع ضمنا في قولهم جميعا •
- ١٥٧٢ - وقال الخفاف ان محمدا روى انه لاشيء على شاهدي الاصل اذا رجعا •
- ١٥٧٣ - وقال روى أبو يوسف في الامالي عن ابي حنيفة انه قال :
ان قالا قد اشهدناهما ورجعنا ضمنا ذلك الحق ، وان قالا لم نشهدهما
بهذه الشهادة وما شهد به عنا باطل لم يكن عليهما ضمان •

فصل

- ١٥٧٤ - ولو قال شهود الفرع : قد اشهدانا بهذه الشهادة ولكنهما كذبا
فيها وقد نفذ الحكم لم يلتفت الى هذا القول ولا يلزمهما بذلك الضمان لانهما
لم يرجعا عن شهادتهما •
- ١٥٧٥ - وكذلك لو قالا قد اشهدانا وقد رجعا أو أخبرنا انهما قد رجعا
فعليهما الضمان •
- ١٥٧٦ - ولو قالا لم يشهدانا بهذه الشهادة او قد غلطا في هذه الشهادة
فعليهما الضمان على شهود الفرع •
- ١٥٧٧ - وان قال الاولان : قد كنا اشهدناهما بذلك وقد رجعنا لانا توهمنا
فالضمان على شهود الفرع •
- ١٥٧٨ - ولو كان قال الاولان :
لم نشهدهما ولكننا نحن نشهد بذلك وهو حق ثابت على المطلوب فالضمان
على الذين شهدوا عند الحاكم •

فصل

- ١٥٧٩ - وان ادعى الخصم على الشهود انهما قد رجعا عن شهادتهما وهما
ينكران ذلك لم يكونا خصمين •
- ١٥٨٠ - وان أقام بيته لم تسمع عليهما^(١) •

(١) مختصر الطحاوى (ص ٣٤٩) •

فصل

رجوع شاهدي الهبة

١٥٨١ - وإذا شهدا بالهبة وهو يجحد ففضي عليه بذلك ثم رجع الشاهدان فعليهما ضمان قيمة ما شهدا به للمشهود عليه ، فإذا قبض ذلك لم يكن لسه الرجوع عن الهبة أبداً لأنه قد اعتاض عن ذلك^(١) .

فصل

١٥٨٢ - وإذا شهدا على رجل أنه أقر أن هذه الامة ولدت منه وهو ينكر ففضي بشهادتهما عليه بذلك ثم رجعا عن شهادتهما كان له عليهما ضمان ما بين قيمتها مملوكة وقيمتها أم ولد ، فإن توفي المولى بعد ذلك فعقت كان عليهما بقية قيمتها أمة يرد ذلك الى تركة مولاهما فيكون حكمه حكمهما .

١٥٨٣ - ولو كانا شهد أن مولاهما أقر أنها ولدت منه أبنا لها في يده ، والمسألة على حالها كان عليهما لمولاهما في الامة ما ذكرنا وفي الولد ضمان قيمته .

١٥٨٤ - فإن قبض المولى ذلك ثم مات فورثه هذا الابن ، كان عليه ان يرد على الشاهدين مما ورث مثل ما أخذه (المورث) من الشاهدين في حياته من قيمة أمة^(٢) لأنه يقول ان الميت أخذ ذلك ظلماً وأنه باق في تركته لهما .

١٥٨٥ - وإذا قد ذكرنا حكم الشهادات والرجوع عنها فقد بقي لنا علم القاضي وما يجوز الحكم به والمحاضر وكيفية ذلك .

(١) أي ان رجوعه يعد كسبا بدون حق ، لان العوض قد وصله ولو من غير الموهوب له .

(٢) في مختصر الطحاوي (ص ٣٤٨) من قيمته ومن قيمة أمة .

باب

علم القاضي وما يجوز أن يقضي فيه بعلمه وما لا يجوز

١٥٨٦ - أعلم ان علم القاضي طريق الى القضاء في حال دون حال ، وعلى صفة دون صفة وفي حق دون حق •

وينقسم في الحكم به كما ينقسم أمر البينة •

١٥٨٧ - وانما يحصل له العلم بأن يسمع قولاً يجب به على قائله حق او يجب به على غيره أو يشاهد فعلاً يلزم لفاعله أو لغير فاعله •

١٥٨٨ - وعلم القاضي يكون على ضرورب منه ما يعلم به قبل البلوغ وقبل الولاية من الأقوال التي يسمعها والأفعال التي يشاهدها ، ومنه ما يعلمه بعد البلوغ قبل الولاية ، ومنه ما يعلمه بعد الولاية ولكنه في غير عمله الذي وليه ، ومنه ما يعلمه بعد الولاية في عمله الذي وليه :

علمه قبل البلوغ والولاية

١٥٨٩ - أما ما علمه قبل البلوغ والولاية في غير عمله ثم ولي وحضر عمله فدفع اليه ما سمع من العقود أو شاهد من الأفعال التي يتعلق بها الأحكام فإن أباً حنيفة يقول : لا يقضي بعلمه في شيء من ذلك بحال •

١٥٩٠ - ورؤى الخفاف عن أبي يوسف عن أبي حنيفة في الأملاء

انه قال :

- لو سمع طلاق أمراً أو عتق أمته ثم استقضي فرفع اليه ذلك فأنه يحول بين الرجل وبين المرأة والامة ولا يقضي به ولا يحكم بالطلاق والعتاق^(١) •

١٥٩١ - وقال أبو يوسف ومحمد يقضي بما علمه قبل الولاية في غير

عمله في جميع الحقوق والأموال وعلمه أكثر من الشهادة عنده لانه يقين •

١٥٩٢ - وقالوا لا يحكم في الحد والزنا والسرقه وشرب الخمر والسكر

بعلمه •

(١) هذه حالة طريفة يحال فيها بين الرجل وبين زوجته ويمنع الزوج من

معاشره زوجته دون ان يحكم بالطلاق •

١٥٩٣ - وللشافعي قولان :

أحدهما لا يقضي بعلمه في شيء
والثاني أنه يقضي في كل شيء

١٥٩٤ - وقد ذكر أبو موسى الضرير في مختصره أن أصحابنا من
قول يقضي بعلمه في كل شيء حتى الحدود •
قال أبو حنيفة

وأما لم يجز لأنه بمنزلة الشاهد وقول الشاهد لا يقضي به في الحقوق •
١٥٩٥ - وافق جميع الفقهاء على أنه لو شهد عنده قبل الولاية في غير
عمله أنه لا يقضي به في عمله •
فجعل أبو حنيفة علمه كذلك •

فصل

علمه في عمله بعد الولاية

١٥٩٦ - وأما علمه في عمله وبعد الولاية فإنه يقضي به عندهم جميعاً في
الأمور إلا الحدود فإنه لا يقضي بها ، واستثنوا من ذلك حد القذف فقالوا
يقضي به •

وهذا قول أصحابنا •

١٥٩٧ - وروى عن محمد بن الحسن أنه لا يقضي حتى يكون معه في
المال شاهد آخر وفي الزنا ثلاثة عدول •
وقد قال به بعض أصحاب الشافعي •

فصل

١٥٩٨ - وقال أبو حنيفة وأبو يوسف

إذا قال الحاكم [لرجل أن هذا الرجل] ^(١) لآخر : أنه ثبت عندي أن هذا
الرجل قد سرق ما يجب القطع به وقد حكمت به عليه فأقطع يده وسع المأثور
قطع يده •

(١) ما بين موسى من مختصر الطحاوي ، ص ٣٣٧ •

وكذلك ان قال ذلك فى الزنا وهو محصن وسعه الرجم •
١٥٩٩ - وقال محمد فى آخر قوله على ما حكاه الطحاوى فى المختصر (٢)
انه لا يسعه ذلك حتى يكون القاضى عدلا عنده وغير متهم ، ويكون معه فى
الزنا ثلاثة سواء عدول وفى السرقة آخر ، وقياس قوله فى المال مثل ذلك •

فصل

١٦٠٠ - ولو ان رجلا قال للقاضى :
- انك حكمت لى على فلان بكذا والقاضى لا يذكر ذلك وأحضر المدعى
بينة تشهد على القاضى بما ادعاه فان أبا يوسف قال : لا يجيبه الى ذلك ، ولا يسمع
من البينة ذلك لانها تشهد على انه كان منه ما لا يعلمه من نفسه •
١٦٠١ - وقال محمد : يجيبه الى ذلك ويسمع من البينة ويقضى به اذا
ثبت عنده •

١٦٠٢ - وبه قال سماعيل بن حماد بن ابي حنيفة ، وقال : انا أقبل ذلك ،
ووافق محمد بن سماعة وقالوا :

ليس هذا أكثر من قضية قاضٍ دفعت اليه وهو لا يعلمها •
١٦٠٣ - وفرق ابو يوسف بين المسألين بأنه لم يوجد فى قضيته غير البينة ،
فاما حكمه فهو بمنزلة الشهادة لا يقوم بذلك الا ان يذكره ، وفرق بينه وبين ما
وجد فى ديوانه بأنه تحت ختمه فلا يؤثر ذكره فيه •
١٦٠٤ - واختلف أصحاب الشافعى فى ذلك على وجهين كالخلاف الذى
بيناه •

وزهب كل واحد من أصحابه الى قول واحد من أصحابنا •

فصل

نسيان القاضى ما فى ديوانه

١٦٠٥ - وقال أبو حنيفة :

-
- (١) تفصيل ذلك فى مختصر الطحاوى ، ص ٣٣٧ •
(٢) يستفاد مما جاء فى مختصر الطحاوى (ص ٣٣٧) ان مقصوده ان
« قول القاضى أقر عندى هذا الرجل الخ » يقبل عند ابي حنيفة وابى يوسف وان
لمحمد قولين أحدهما كقولهما وقياس الثانى ان قول القاضى بذلك لا يقبل •

« وكل أمر يجده الحاكم في ديوانه وتحت ختمه وهو لا يذكره فإنه لا يقضي به » .

١٦٠٦ - وقال أبو يوسف ومحمد :

يحكم بذلك كله لأنه لا يتذكر كلما عنده .

١٦٠٧ - وأختار الشافعي قول أبي حنيفة .

شهادة كاتب القاضي

١٦٠٨ - وقال محمد : لو ضاع محضر رجل من الديوان أو لم يكتب

محضر فشهد كاتب القاضي عنده أن شهود هذا المحضر شهدوا عندهما بما كان في محضره وهو كذا والقاضي لا يذكر ذلك ، لم يقبل شهادتهما لأنهما لم يشهدا بالحق ولا شهدا على شهادة الشهود .

١٦٠٩ - وقد ذكرنا في الشهادة على الشهادة أن لأصحاب الشافعي ثلاثة

أوجه في تحمل شهود الفرع في أحدهما أنه يجوز مثل هذا من كاتب الحاكم .

١٦١٠ - واتفق الفريقان أنه لو قال الكاتبان - والمحضر قد ضاع - :

ان المقر في المحضر كان قد أقر عندك بكذا وسمغناه حين أقر بذلك فإنه يقبل هذه الشهادة على إقراره لا بإقراره عنده .

فصل

ما يجده القاضي في ديوان غيره

١٦١١ - وما وجد في ديوان غيره ممن تقدمه من إقرار أو بينة لم ينفذه ،

ويستأنف الحكم .

١٦١٢ - وهذا لا خلاف فيه لأنه غير مشهود به عنده .

فصل

عزل عن القضاء ثم رد إليه

١٦١٣ - ولو عزل عن القضاء ورد إليه فإن أبا يوسف قال :

لا يقضي بشيء مما كن فى ديوانه الاول الا ما كان يذكره من اقرار لرجل
بحق ما وان لم يذكره لم يحكم به ، ولا يحكم بالينة وان ذكرها حتى يعيدها
فيشهد عنده دفعة أخرى ، لان هذا عمل مستأنف •

فصل

ما يحكم به القاضي

١٦١٤ - وما يحكم به القاضي على ثلاثة أوجه :

- منها ما يثبت بالينة من الاحكام
- ومنها ما يثبت بعلمه من ذلك
- ومنها ما يحكم به غيره ويرتفع اليه أما بيينة او كتاب حكى يصل اليه
- أو اعلام اعلمه قاض غيره •

لا ينقض القاضي حكمه باجتهاد جديد

١٦١٥ - فاما ما يثبت من الحكم عن نفسه فليس له ان يتعرض لفسخه بعد
ذلك ولا ابطاله الا ان يخالف النص المعلوم او المعلوم به باجماع الامة ولا ينقضه
باجتهاد اظهر عنده من الاول ، بل يستأنف الحكم والقضاء ولا يرد الاول •

١٦١٦ - وان كان فى ذلك خلاف ، فقضى بخلاف رأيه ومذهبه ، وهو لا
يذكر ذلك ولكن على ما قضى به بعض العلماء فان أبا حنيفة قال :

- يمضي هذا الفصل ولا يرجع عنه •

١٦١٧ - وقال أبو يوسف :

يرد ذلك ، ويقضى بما كان عليه رأيه ، وهذا كحكمه بما يذهب اليه
الشافعي أو مالك فى مسألة يخالف ابو حنيفة والقاضي على مذهب ابي حنيفة ،
والمسائل على ذلك كثيرة •

فصل

هل ينقض الحاكم حكم غيره؟

١٦١٨ - فاما ما حكم به غيره ويرفع اليه فمن ذلك ما يجب عليه امضاؤه وتنفيذه ومنها ما يجب عليه ابطاله ونقضه ، ومنها ما يدعه لا يحكم به ولا يرده .

نفاذ الحكم ظاهراً وباطناً

١٦١٩ - اعلم ان الفقهاء اختلفوا في حكم الحاكم هل ينفذ ظاهراً او باطناً ام لا ؟ فقال أبو خنيفة :

كل حكم يملك الحاكم انشاء مثله بولاية الحكم ، فانه اذا حكم به ينفذ ظاهراً وباطناً ويجعل الحلال حراماً والحرام حلالاً .
وكل ما ليس له فعل مثله بولاية الحكم لا ينفذ الا في الظاهر .
١٦٢٠ - وقال ابو يوسف ومحمد :

حكم الحاكم لا يغير صفة المحكوم به فنه على ما كان عليه عند الله ، وانما ينفذ في الظاهر خاصة ، وهو قول الشافعي .
١٦٢١ - ومثال الاول العقود التي يملكها على الصغار والكبار ، والثاني الغصب والجنايات والاموال الظاهرة .

ما ورد في القضاء بالظاهر من الآثار

١٦٢٢ - ونحن نذكر من ذلك مسائل ليعرف الحال فيها ، ونقدم ما روى في ذلك من الآثار ليكون القاضي قد عرف الحال وما يترتب عليه :

الأثر الأول

١٦٢٣ - فروت أم سلمة ان النبي صلى الله عليه وسلم قال :
- انكم تختصمون الي وان بعضكم الحن بحجته من بعض ، وانما انا بشر ، فمن قضيت له من مال أخيه شيئاً فلا يأخذه ، انما اقطع له قطعة من النار .

١٦٢٤ - وقد ذكر الفقهاء خبر أبي هريرة عنه عليه السلام أن رجلين
احتكما إليه أحدهما أعلم بالخصومة والآخر بها جاهل فلم يلبث العالم أن قضى له
نقام فمضى المقضى له وبقي المقضى عليه فقال :
- والله الذي لا إله إلا هو أن حقي لحق •
فقال عليه السلام :

عليّ بالرجل
فأتى به فأخبره بما كان من الآخر فقل :
- أن شئت عاودته فعنده فلم يلبث أن قضى له فقام الرجل وحلف الآخر
فلم يزل كذلك يفعل ثلاث مرات فقال الرابعة أن شئت عاودته ولكن أعلم أن
من أقطع بخصومته وجدله مال امرئ مسلم بغير حق فإنما يقطع قطعة من النار •
فقال الرجل فإن الحق معه •
وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم متكأ فجلس فقال :
- من أقطع بخصومته وجدله مال امرئ مسلم بغير حق فليتبوأ مقعده من
النار^(١) •

قال أبو هريرة :
فكنت الآخرة أشد من الأولى •
١٦٢٥ - وروى المقداد^(٢) عن أبيه أن رجلاً خطب امرأة وهو دونها في
الحسب فأبت أن تتزوجه فأدعى أنه تزوجها وأقام شاهدين عند علي بن أبي طالب
رضي عنه فقالت :

- اني لم اتزوجه
قال :
قد زوجك الشاهدان •
وأمضى عليها النكاح •
١٦٢٦ - قال أبو يوسف :

(١) هذه صياغة خلقية دينية لقاعدة إكسب دون سبب •
(٢) في النسختين المقدم •

وكتب الى سعيد يرويه عن يزيد ان رجلين شهدا على رجل انه طلق امرأته
بزور ففرق القاضي بينهما ، ثم تزوجها أحد الشاهدين •
قال الشعبي :
ذلك جائز •

١٦٢٧ - فجعل أبو حنيفة ما روى عن النبي عليه السلام محمولا على الاموال
الظاهرة والجنائيات وما روى علي رضي الله عنه والشعبي محمولا على العقود وجميع
بين المملين •

١٦٢٨ - فعلى هذا الاصل امرأة استأجرت رجلين فشهدا لها على زوجها
بالطلاق الثلاث وهو زور ففرق بينهما ثم تزوجها أحد الشاهدين فهو جائز وتحل
للساهد وتحرم على الزوج الاول عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد
والشافعي تقع الفرقة في الظاهر دون الباطن ولا يحل لها ان تزوج بأحد من
الناس ولا بأحد الشاهدين ، ولا يتزوج الرجل باختها ولا اربعا سواها ، وقالوا
مع هذا القول أنها لا يمكن الزوج الاول ان يطأها ولا يخلو بها •
١٦٢٩ - وقال أبو حنيفة •

« فلو كان النكاح قائما بعد الفرقة ثابتا بين الزوجين لكان اذا وطئها بعد ذلك
لا يحسد واحد منهما وقد قالوا يحسد •

١٦٣٠ - وقالوا لو تزوجها رجل جاهل بحالها كانت حلالا له فكيف يحل
فرج واحد لاثنتين ؟ ولو بلى الثاني بمثل ما بلى به الاول لكان لآخر ان يتزوجها
فيؤدي الى ان تكون حلالا لجماعة رجال في حالة واحدة وهذا لا يجوز •

١٦٣١ - وأبو حنيفة جعل فرقة القاضي طلاقا لأنه يملك الطلاق على العنين
والمولى اذا لم يفيء الى زوجته ويزوج من لا ولي لها ، فاذا حكم بالنكاح والطلاق
صار من طريق الحكم كأنه هو الذي طلق بنفسه وتزوج بنفسه وباع ورد بالميب •

١٦٣٢ - وقد اتفق الجميع على انه اذا فرق في اللعان وكان الزوج كاذبا
عليها ان الفرقة تقع في الظاهر والباطن وتحل لسائر الناس وتحرم على الزوج •
١٦٣٣ - وهذا قول الشافعي في اللعان •

(١) هذا مثال اخر للفرقة بين زوجين تعتبر الزجية قائمة بينهما •

١٦٣٤ - وأبو يوسف ومحمد قالا في النكل انما يقع في الظاهر ، واللعان والطلاق سواء في ذلك ، وهذا حكم النكاح والطلاق والعتاق والاقالة والبيع والرد بالعيب .

١٦٣٥ - وأما اذا ادعى مالا في يد غيره أو حيوانا أو رقيقا أو مهما كان وشهد له شهود زور فقضى له بذلك لم يسعه ان يأكل ذلك ولا يسع احد الشاهدين ان يشتري ذلك ولا يأكله ان ورثه وان قدر المحكوم عليه على أخذ ذلك وتغيبه عن الذى قضى له به وسعه ذلك ، ولكن فى الجارية لا يحل له ان يطأها خوفا من وجوب الحد عليه ، فاما ان سرقها وغيبها فانها تحل له .

١٦٣٦ - وان اشترى رجل جاهلا بالحال ذلك المقضى به وسعه التصرف فيه .
١٦٣٧ - واذا شهد له بقتل ولي له بالزور فقضى بالقصاص او الدية لم يكن له ذلك ، وكان محرما عليه ، وكذلك هبة المال فى رواية وفى أخرى هو مثل العتود .

١٦٣٨ - ومسائل هذا الباب كثيرة والاصل فيها واحد .

فصل

ما لا يمضيه القاضي من أقضية غيره

١٦٣٩ - واذا ثبت ذلك ثم رفع هذا الحكم الى قاض اخر فكل ما كان من قضاء سائغ غير شنيع امضاء وان كان جورا او خلاف نص او اجماع لم يمضه .
١٦٤٠ - وان كان الاول فاسقا او محدودا أو ممن لا يجوز شهادته ، لو شهد لم ينفذ حكمه ، وينفذ ما فيه خلاف بين الفقهاء وان كان خلاف رأيه الا فى مسائل نذكرها فى فصل مفرد استثنائها اصحابنا .

١٦٤١ - فان نقضه الثانى ثم ارتفع الى ثالث نفذ قضاء الاول وابطل قضاء الثانى ، وهذا مثل ان يحكم حاكم بانه اذا زنا بامرأة لم تحرم الزوجة ولا وطئ بنتها وقضى بصحة نكاح المرأة ثم رفع ذلك الى من يرى تحريمها بذلك الفعل أمضى النكاح ونفذ قضاء الاول لانه مختلف فيه .

١٦٤٢ - واختلف اصحابنا في الزوج فمنهم من قال ان كان يعلم ان ذلك الفعل يحرم لم يسهه المقام مع الزوجة ، وان كان جاهلا وسعه المقام .
١٦٤٣ - وكذلك خال الزوجة ، وكذلك لو حلف فقل ان تزوجت فلانة فهي طالق ثلاثا فتزوج امرأة فرافعته الى من يزي ابطال يمينه فحكم بابطالها ورفعت بعد ذلك الى من يرى صحتها بعد الحكم الاول وجعلها زوجة وحكم الزوج والزوجة في ذلك^(١) سواء ان كان يعلم ان ذلك عامل فيه^(٢) لم يسهه المقام . وان كان جاهلا وسعه المقام .

١٦٤٤ - ومنهم من قال يسهه المقام في الحاليين .
١٦٤٥ - وكذلك طلاق المكره اذا ابطله ثم رفع الى آخر فوقعه ثم رفع الى ثالث نفذ الاول وابطل الثاني .
١٦٤٦ - وكذلك اذا قضى بالقائه^(٣) والقرعة في رقيق الميت أو رد نكاح امرأة بعيب .

١٦٤٧ - وكل ما لا يخالف نصا او كتابا او سنة او اجماعا فانه ينفذ وهذا قول اصحابنا .

١٦٤٨ - وقال الشافعي :
- ان كان القاضي الاول غاميا وحكم ابطال حكمه وجعله كمن لا ينفذ حكمه اذا حكم .

فصل

١٦٤٩ - واختلف اصحابنا فيمن قضى بالشاهد واليمين او بقتل في قسامة

(١) في نسخة قليج في التحريم .

(٢) اي مؤثر فيه .

(٣) في نسخة قليج بالناقاة والظاهر انها القيافة جاء في لسان العرب في مادة (قوف) ان القائف الذي يعرف الاثار ، يقال قفت أثره اذا تتبعته ، مثل قفوت أثره . . . ويقال هو اقوف الناس ، وفي الحديث أن مجززا كان قائفًا ، القائف الذي يتتبع الاثار ويعرفها ، ويعرف شبه الرجل بأخيه وأبيه ، ويقال : فلان يقوف الاثر ويقفاهه قيافه مثل قفا الاثر واقتفاه ، ابن سيده: قاف الاثر قيافة واقتفاه اقتيافا ، وقافه يقوفه قوفا ، وتقوفه تتبعه .

أو بيع أم ولد أو متعة إلى أجل ، وإذا قضى على من اعتق نصف عبده أو نصف أمته فقضى بإبطال ذلك أو قضى بالخلاص في الدار والرقيق أو بإبطال حقه لتركه سنين لم يطالب من دار ، أو لا حق للنساء في القود وأنه للأولياء فإنه ينقض القضاء في هذا كله عند أكثر أصحابنا •

١٦٥٠ - وحكى ذلك الخصاف من غير خلاف

وقال غيره من أصحابنا إن ذلك كله ينفذ ولا يبطله •

١٦٥١ - وإذا كان الجاني حياً فهو موضع الخلاف وإن كان قد أقيد لم يحكم في ذلك بشيء •

١٦٥٢ - ولو قضى برد عبد أصابته حمى عند المشتري فرد على بائه بغير بينة ولا أقرار فإنه يبطله ولا ينفذه •

١٦٥٣ - وإذا حكم بإبطال ما فعلت المرأة بغير إذن زوجها في بيع وتصرف ورفع إلى آخر إبطال ذلك وإجاز تصرفها إذا كانت بالغة عاقلة وحكمها في ذلك حكم الرجل ، وبهذا جاء الشرع والقرآن •

١٦٥٤ - وكذلك إذا دفع إليها المهر قبل الدخول فاشتريت به الجهاز ثم طلقها قبل الدخول فقضى للزوج بنصف الجهاز ثم رفع إلى قاض أبطله ولم ينفذه لأنه غير المفروض •

١٦٥٥ - وإذا طلق امرأته وهي حبلى أو حائض أو قبل الدخول بها فقضى قاض بإبطال ذلك أو نقضه ثم رفع إلى من لا يرى ذلك أبطله ونفذ على الزوج ما كان منه •

١٦٥٦ - وقالوا لو ضرب قاض رجلاً حداً في التعريض وإبطال شهادته أبطلنا الحد وأطلقنا شهادته •

١٦٥٧ - وإن قضى في العنين أنه لا يؤجل نقضه وأجل العنين لأنه خلاف الإجماع من العلماء •

١٦٥٨ - وإن قضى بما فيه خلاف من تقدم فإن كان خطأً عند العلماء رد ذلك •

١٦٥٩ - وإن كان عند أهل زمانه أنه صواب أنفذه •

١٦٦٠ - وإنما يرد ما كان خلاف العلماء وخارجا عن لسان الأمة والكتاب والسنة .

١٦٦١ - وقالوا لو كان له مال على آخر فقال ان لم أقضك اليوم فأمرأتي طالق ثلاثا وعبدى حر فتغيب عنه المطالب فخشي المطلوب ان يخنت فرفع ذلك الى الحاكم وأخبره بالحال فضب وكيلا وأمره بتبض المال وحكم بذلك ثم رفع الى آخر قال أبو وسف : لا يجوز هذا وقال غيره من اصحابنا يجوز . وهو قياس قول الشافعي .

١٦٦٢ - وقالوا في رجل قدم رجلا وقال : لابي على هذا الرجل مال ، وابي غائب واخاف ان يتوارى هذا فرائى قاض ان يجعله وكيلا لابييه وقبل بينته على المال وحكم به ثم رفع الى آخر ابطله .
١٦٦٣ - قالوا ويستحسن ان يجيز هذا في المفقود ان جعل ابنه وكيلا في طلب حقوق ابيه .

فصل

فسق القاضي بعد الحكم وما إليه

١٦٦٤ - واذا بان ان القاضي عد او محدود في قذف أو فاسق أو مرتش في الحكم منذ ولى فان قضاءه يرد ولا ينفذ منه شيء .
١٦٦٥ - وان ولى وهو أمين ففضى وحكم ثم فسق بعد ذلك او عمى او صنار الى حالة لا تنفذ احكامه فما كان قبل ذلك نفذ وما كان بعد تلك الحالة لا .
١٦٦٦ - وحكى القدورى في التجريد في كتاب النكاح ان من اصحابنا من قال اذا فسق فهو على حكمه الى ان يخرج الامام من القضاء وليس هذا بالمذهب وإنما ارتكبه في مسئلة الفاسق هل يكون وليا .
١٦٦٧ - والمرأة اذا قضت في الحدود والقصاص ترد ، ولا يرد قضاؤها فيما تجوز شهادتها فيه .

فصل

قضاء القاضي لمن ولاه ولولد الإمام

١٦٦٨ - ويجوز قضاء القاضي لمن ولاه وعليه ويجوز قضاؤه لولده الامام وعليه .

- ١٦٦٩ - ويجوز قضاؤه لاخته وعمه وخاله وخالته وعمته •
 ١٦٧٠ - ولقاضي القضاة وعليه •
 ١٦٧١ - ولكل من تجوز شهادته له •

فصل

من لا يجوز قضاؤه له

- ١٦٧٢ - ولا يجوز ان يقضى لولده ولا ولد ولده وان سفل ، ولا لاييه
 ولا لجده وآبائه وان علو •
 ولا لزوجته ولا عبده المأذون ولا مكاتبه وان كان على عبده دين او لم يكن

من يجوز قضاؤه له

- ١٦٧٣ - ويجوز قضاؤه لاب امرأته ولامها وسائر قرابتها ، ولا يقضي لهم
 بعد الموت اذا كانت الزوجة وارثة •
 وكذلك زوجة الابن والاب والجدة يجوز في حالة الحياة ، ولا يجوز بعد
 الموت اذا كان وارثا •
 ١٦٧٤ - وقالوا لو قدم اليه من لا يجوز قضاؤه من سائر ما ذكرنا فانه
 لا ينظر بينهما •

فان فعل وتوجه الحكم على من لا يجوز قضاؤه له فحكم عليه فحكمه جائز •
 وان تقدم اليه ابوه وامه فتوجه القضاء لاحدهما على الاخر ففيه خلاف بين
 اصحابنا في جواز ذلك ورده •

- ١٦٧٥ - وكذلك اذا شهد على ابيه بالنكاح وهو يجحد فيه خلاف بين ابي
 يوسف ومحمد •

وقد ذكرنا خلاف الناس في الشهادة في ذلك والقضاء مثله مع ابي ثور
 وسفيان وغيرهما •

- ١٦٧٦ - وقالوا لو شهد عند القاضي شهود لرجل بحق على آخر فحكم او

لم يحكم حتى عزل فمات الشهود او غابوا فسأل الخصم المعزول ان يشهد على
شهادة الشهود عنده فانه لا يقبل ذلك وان شهد ردت شهادته •
١٦٧٧ - ومن اصحاب الشافعي من قول تقبل ويكون شاهد فرع •

شهادة القاضي المعزول على إقرار

١٦٧٨ - واتفق الفريقان على انه لو اقر لرجل بحق عند المعزول فان
المعزول يجوز له ان يشهد عند الثاني على اقراره ، ويحكم القاضي بذلك اذا كان
عدلا •

١٦٧٩ - واذا قد ذكرنا حكم علم القاضي وما يقضى به من البينة والاقراء ،
وما ينفذ فيه حكمه وما لا ينفذ ، وجب ذكر كتاب القاضي الى القاضي لانه طريق
الى الحكم به أيضا •

باب كتاب القاضي إلى القاضي

- وهذا باب يذكر فيه كتاب القاضي إلى القاضي •
١٦٨٠ - اعلم ان كتب القضاة إلى القضاة يقع الكلام فيها في مواضع :
منها جواز ذلك في الجملة •
ومنها كيفية قبولها •
ومنها الموضع الذي يقبل فيه •
ومنها فيما يقبل ولا يقبل •
ومنها من الذي يقبلها من القضاء •

جواز قبول كتب القاضي إلى القاضي

- ١٦٨١ - اما جواز قبولها في الجملة فقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم
انه كتب الى الضحاك بن سفيان الكلابي^(١) ان يورث امرأة اشيم الضبابي من
دية زوجها •

(١) جاء في اسد الغابة (٣/٣٦) « الضحاك بن سفيان بن عوف بن كعب
ابن ابي بكر بن كلاب بن ربيعة بن عامر بن صعصعة العامري الكلابي يكنى ابا
سعيد ، اسلم وصحب النبي صلى الله عليه وسلم ، وكان ينزل في بادية المدينة
ولاه رسول الله صلى الله عليه وسلم على من اسلم من قومه ، وكتب اليه ان يورث
امرأة اشيم الضبابي من من دية زوجها ، وكان قتل خطأ ، وكان يقوم على رأس
رسول الله صلى الله عليه وسلم متوشحاً بسيفه ، وكان من الشجعان الابطال يعد
وحده بمائة فارس • ولما سار رسول الله صلى الله عليه وسلم الى فتح مكة أمره
على بنى سليم لانهم كانوا تسعمائة فقال لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم : هل
لكم في رجل يعدل مائة يوفيكُم الفا ؟ فوافاهم بالضحاك وكان رئيسهم وانما جعله
عليهم لانهم جميعاً من قيس عيلان ••• روى عنه سعيد بن المسيب والحسن
البصري •• كان عمر بن الخطاب يقول :

الدية للعائلة ولا تثر المرأة من دية زوجها شيئاً ، حتى قال له الضحاك
بن سفيان الكلابي :

كتب الى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يورث امرأة اشيم الضبابي من
دية زوجها • رواه جماعة من الأئمة عن الزهري • أخرجه الثلاثة •

ولان بالناس حاجة الى ذلك ، وهو فعل ائمة العدل وولاية الجور وفعل
سائر الحكام في سائر الاعصار فوجب ان يكون ذلك •

فصل

١٦٨٢ - ويكتب بما ثبت عند من الحقوق ليحكم به وبما حكم به لينفذه
الثاني ، وهذا لا خلاف فيه ان يكتب به •

فصل

كيفية قبول كتاب القاضي

١٦٨٣ - وأما كيفية القول فلا يقبل بغير بينة •
١٦٨٤ - وقال أبو ثور يقبل بغير بينة •
وذكر الخفاف عن الشعبي انه كان يجيز كتاب القاضي اذا جاءه بغير بينة •
وذكر عن ابن ابي زائد قال :
جئت بكتاب قاضي الكوفة الى أياس بن معاوية فقبله ولم يسألني بينة علي
ففتحته ثم نشره فوجد لي فيه شهادة شاهدين على رجل من أهل البصرة بخمسائة
درهم فقال لرجل على رأسه :
- اذهب الى زياد فقل له ارسل الى فلان بن فلان فخذ منه خمسمائة درهم
وأدفعها الى هذا •
قال فذهب بي ففعل •

١٦٨٥ - وقال من اجاز ذلك ان النبي صلى الله عليه وسلم قد كان يفعل

ويستفاد من هذا ان عمر ابن الخطاب كان يردد ما علمه من عرف العرب
قبل الاسلام في هذا الصدد وكان عرفهم يقضي بعدم توريث الزوجة من دية
زوجها وحصر وراثه الدية في العاقلة • وان السنة النبوية عدلت هذا العرف
بجعل الزوجة ترث من دية زوجها •

ويستفاد من هذا ان الصحابة لم يكونوا يذهبون الى اعتبار عرف العرب
قبل الاسلام منسوخا جملة وانما كانوا يفترضون بقاءه حتى يثبت لهم نسخة
أو تقييده أو تعديله يقرآن أو سنة أو اجماع •

بكتبه بغير شهادة ، وكان يدعو بكتبه الى الاسلام كما يدعو بقوله ، وهو فعل
الخلفاء والامراء الى اليوم •
وعندنا وعند الشافعي ومالك لا يقبل ، لأنه يدعى على القاضي الكتاب فيحتاج
الى شهود على ذلك لقوله عليه السلام : البينة على المدعى •

فصل

١٦٨٦ - ولا يقبل الكتاب وان عرف الخط والختم •
١٦٨٧ - وقال أبو سعيد الاصطخري :
- اذا عرف المکتوب اليه خط القاضي الكاتب وختمه جاز قبوله ، وهذا خطأ
لأن الخط يشبه الخط والختم يشبه الختم فلا يؤمن ان يزور على الخط والختم •

فصل

١٦٨٨ - وان كتب الشهادة التي ثبتت عنده اعتبر مسافة تقصر فيها الصلوة
كالشهادة على الشهادة •
١٦٨٩ - وان كان قد حكم لم يعتبر ذلك وهو قول الشافعي أيضا في
الفصلين •

فصل

سماع البينة على غائب

١٦٩٠ - واذا طلب الرجل من القاضي ان يسمع من بينته على رجل غائب
في بلد آخر ليكتب له بحق لزمه الى قاضي ذلك البلد ، فان القاضي يسمع من
بينته ويذكر اسمه ونسبه ان كان معروفا عنده ، وان كان لا يعرفه سأل الشهود
عن ذلك ثم اثبت ، وكذلك اسم المدعى عليه ونسبه الى أبيه وجدده وقيلته
وصناعته ، وان لم يذكروا القبيلة وذكروا الاب والجد قبل ذلك أيضا ، ولا
يقبل ان قالوا : زيد الكوفي أو البصري لأن ذلك غير معروف •
١٦٩١ - ولا يكتب القاضي حتى تثبت عدالة الشهود عنده ، فاذا عدلوا كتب

بما ثبت عنده من حقه واثبت اسماء الشهود الذين شهدوا عنده وانسابهم وحلاهم
ومواضعهم وانه قد سأل عنهم فعدلوا عنده •

فصل

١٦٩٢ - ولا بد ان يقرأ كتابه على الشهود الذين يشهدهم على الكتاب ،
ويدفع اليهم نسخة تكون معهم ويختم الكتاب بحضورهم ويشهدهم ان هذا كتابه
الى القاضي فلان بن فلان قاضي بلد كذا ، وهذا خاتمي عليه ويدفع الكتاب الى
الطالب •

١٦٩٣ - وقال الشافعي :

استحب ذلك ولا اوجه •

١٦٩٤ - وقال الحسن : قال أبو حنيفة :

« وان قرأ عليهم الكتاب ولم يختمه بحضورهم وهم لا يحفظون ما فيه
وليس نسخة معهم لم يجز ذلك •

١٦٩٥ - وقال أبو يوسف :

يجوز الكتاب ويقبله النى يرد عليه وان لم يقرأ عليهم بعد ان يشهدهم
على نفسه انه كتابه وخاتمه ، وهو قول الشافعي •

فصل

١٦٩٦ - قال أبو يوسف :

- وانفذ كتب الخلفاء بغير بينة ، وينفذ الخلفاء كتب القضاء بغير بينة •

١٦٩٧ - وقال أبو حنيفة والشافعي لا يقبل الجميع بغير بينة •

فصل

وقال أبو يوسف :

١٦٩٨ - ويقبل كتاب القاضي اذا قال :

من فلان بن فلان الى قاضي بلد كذا او الى من يصل اليه هذا الكتاب من
قضاة المسلمين وحكامهم ولم يعين اسم أحد بعد ان يكون من يصله مولى قبل
الكتاب ، ولا يقبله من ولى بعد ذلك •

١٦٩٩ - ولا يقبل هذا عند ابي حنيفة على هذا الاطلاق •

١٧٠٠ - كما لا يقبل كتاب من يكسب فيقول : من قاض من قضاة المسلمين •

ولا يذكر نسبه واسمه •

١٧٠١ - وأول من عمل بالعراق من القضاة على قول ابي يوسف هو
شيخنا قاضي القضاة رحمه الله لانه امتنع ان يخاطب قضاة خراسان فسلط هذه
الطريقة وكانت غريبة في العمل ، فعمل بها جميع قضاة الوقت وكتبوا هم اليه
بمثل ذلك ، وصار سنة مألوقة^(١) لطول نظره وعمله بها ولو كان هذا مذهبنا لما
سبق الناس اليه في العمل وحده •

فصل

ما يجوز فيه كتاب القاضي إلى القاضي

١٧٠٢ - وكتب القضاة الى القضاة جائزة في سائر حقوق الناس : الديون
والعقارات والشركات والنصوب والودائع •

١٧٠٣ - واتفق أصحابنا على أنه لا يكتب في الحيوان الدواب والرقيق
وجميع ما ينقل ويحول •

واختلفوا في العبد فقال أبو يوسف :

(١) ان أهمية ما ذكره السمناني من تاريخ هذه السنة القضائية ظاهرة لانها
تدل دلالة واضحة على ان الفقه الاسلامي لم يكن بمعزل عن سوح القضاء والتطبيق
العملي كما زعم بعض المستشرقين وعلماء القانون الموازن الغربيون ، بل كان
القضاء يستهدي باجتهادات المجتهدين وكانت آراء المجتهدين نقطة الانطلاق في
التمهيد للاعراف والسنن والقضائية ، كما كانت اجتهادات القضاة في عصر الصحابة
والتابعين منطلق العمل الفقهي والاجتهاد فيما اثر في القضاء يومئذ من المسائل
وقضى من الاقضية •

أكتب في العبد إذا حلوه ووصفوه فإذا ورد الكتاب على القاضي ختم في
عنق العبد وبعث به مع الرجل الذي أتاه بهذا الكتاب وأخذ منه كفيلا بالعبد حتى
يصير العبد إلى الكاتب فيشهد الشهود على عين العبد ثم يكتب القاضي كتابا آخر
إلى القاضي فيحكم بالعبد للمطالب ويرى كفيله ، وأجاز ذلك في العبد دون
الامة .

١٧٠٤ - وأبو حنيفة سوى في جميع المنقولات .

١٧٠٥ - كما قلوا بأنه لا يسمع الدعوى على منقول حتى يكون حاضرا
عند الحاكم ويشهد الشهود على عينه .

١٧٠٦ - وكما لا تجوز الشهادة فيه على الشهادة لا يجوز كتاب القاضي
فيه إلى القاضي .

١٧٠٧ - وكذلك قال الشافعي في كتاب القاضي إلى القاضي .

فصل

١٧٠٨ - ولا يكتب في حد ولا قصاص كائنا ما كان في نفس ولا طرف .

١٧٠٩ - ولا يكتب لرجل أنه قد وفا فلانا ماله عليه ، أو سلمت الوديعة
التي كانت له عندي أو أنه وهبها لي أو أبرأني لأنني لا أعلم هل يدعى ذلك
أم لا .

١٧١٠ - وكذلك لو كان حاضرا ما يسمع هذه الدعوى .

١٧١١ - وقالوا :

لا يكتب بأسقاط شفعة عليه لغائب أنه كان قد اسقطها عنه .

١٧١٢ - وقال محمد بن الحسن :

أكتب له بذلك .

١٧١٣ - ولا يكتب لامرأة ادعت طلاقا على زوجها وهو غائب وقالت لا

آمن أن يتعرض لي هناك .

فصل

١٧١٥ - وقالوا لو حضر المطلوب بالدين والمشتري والزوجة وقال :
قدمني خصمي الى قاضي كذا فقص علي بالدين والشراء والنكاح ، وقد
كان استوفى ذلك مني وسقطت شفعتي عنى وطلقت منه ، وأقام كل واحد بيته
بذلك فانه يكتب له ويسمع ، وهذا اتفاق والاول على الخلاف •

فصل

١٧١٥ - واذا كتب فيما يجوز ان يكتب فيه فضاع الكتاب من المذعى ،
فسأل ان يكتب له بدله فانه يفعل ، ويذكر فى الكتاب الثانى ان الخصم ذكر
انه ضاع الكتاب الاول •
١٧١٦ - وكذلك ان انتقل المطلوب الى بلد آخر كتب له كتابا آخر الى
البلد الآخر •

فصل

١٧١٧ - قال أصحابنا :
لو ثبت حقه وكتب له فحضر المطلوب عند الكاتب ، فانه لا يحكم بشهادة
من شهد عنده حتى يعيدوا الشهادة بحضرته لانها شهادة على غائب •
١٧١٨ - واذا ثبت نسب أو ارث وعدد ورثة عنده كتب بذلك كله •

فصل

١٧١٩ - ويكتب لكل جناية يجب بها المال قليلا كان أو كثيرا اذا ثبت عنده •
١٧٢٠ - ولا يكتب فى دار حتى يعجدها بأربعة حدود او ثلاثة عند ابي
حنيفة ، وعند زفر والشافعي لابد من ذكر الحدود كلها • وعند ابي يوسف
ومحمد يكفى اذا كان ذلك مشهورا •

فصل

١٧٢١ - وما علمه القاضي فيما خلا الحدود والقصاص وطلب صاحب الحق ان يكتب له بذلك فعل وفسر الحال في ذلك ، فان كان من رأى القاضي ان لا يقضي بما علمه قبل القضاء لم يقبل ذلك ، وان كان رأيه انه يجوز ، قبل ذلك •

١٧٢٢ - ولو علم وهو يهودى فأسلم او هو عبد فأعتق او صبي فبلغ ثم استقصى بعد العق والاسلام والبلوغ وسأله الطالب ان يكتب له فكتب بذلك فان أبا حنيفة قال :

لا ينفذ المكتوب اليه •

١٧٢٣ - وقول أبو يوسف ينفذ وجعل ذلك كالشهادة اذا زال المانع •

١٧٢٤ - وهو قول الشافعي •

١٧٢٥ - وفرق أبو حنيفة بين الحكم والشهادة لان الحاكم لا يحكم بعلمه وان لم يكن هناك منع ، فمع المنع اولى •

فصل

١٧٢٦ - وتكتب له شهادة الرجل الواحد والمرأة الواحدة ، فاذا وصل الكتاب الى المكتوب اليه قال للمخضم •
- هات تمام الشهادة ، كما لو شهد وهو حاضر •

فصل

١٧٢٧ - وقال أصحابنا :

- لو حضر رجل وامرأة فأدعيا أن لهما ولداً في يد انسان قد سرقه وانه روف النسب منهما ، ونحن نقيم البينة بذلك عندك فأكتب لنا بذلك الى قبالن اضي فانه يكتب في قول ابي يوسف •
١٧٢٨ - وقال أبو حنيفة •

لا يكتب بذلك •

١٧٢٩ - وقال أبو يوسف :

لا أكتب للاحرار الا الاب أو الام أو الزوج يدعي المرأة ، ولا أكتب
لما سوى الابوين ماداما أحياء فإذا مات الابوان كتب لكل وارث •

فصل

١٧٣٠ - وقالوا : لو استحق رجل أمة فقضى القاضي للمستحق بها ، فقال

المطلوب :

- أمتي اشتريتها من فلان بن فلان وهو في بلد كذا ، ودفعت اليه
الثلث ، وشهودي ههنا فاسمع منهم واكتب لي فأن القاضي يكتب له ما يصح عنده
من ذلك •

وهذا اتفاق •

فصل

ادعت أنها حرة

١٧٣١ - وإذا ادعت جارية في يد رجل انها حرة الاصل ، وقد كانت

أقرت بالرق وأقامت بينة بحرية الاصل فجعلها القاضي حرة ، فقال الخصم :
اشتريتها من فلان وهو في موضع كذا فاسمع مني شهودي واكتب لي ،
فانه يفعل ويكتب له بما سمع •

١٧٣٢ - ولو لم تقم البينة بحرية الاصل ولا كانت أقرت بالرق ولا بينة

لمن هي في يده بالرق عليها فجعلها القاضي حرة ، فقال من هي في يده للقاضي :
اسمع بيتي انني اشتريتها من فلان ونقدته الثمن وقد كانت مقره بالرق
فانه لا يسمع من شهوده ولا يكتب له ، وليس هذا كالبينة في المسئلة الاولى ،
لان ذلك شهادة على من كانت في يده من الباعة والمشتريين والقاضي في مسئلتنا
أخرجها من يد المشتري بانكار الرق ودعواها انها حرة فليس هذا حكما على
البائع ، لان البائع والمشتري قد أجمعا على أنها كانت مقره بالرق ، ولهذا لو

حضر البائع فأقر له المشتري برقبها واعترف هذا بالبيع والتسليم لم يلزم رد الثمن لان الاستحقاق ليس بالينة .

فصل

١٧٣٣ - ولو قال المشتري للقاضي :

حلف البائع انها ليست بحرة الاصل حلفه القاضي .
فإن حلف فلا شيء عليه ، وإن نكل عن اليمين الزمه القاضي ببرد الثمن على المشتري .

فصل

كتابة القاضي في عقار في يد غائب

١٧٣٤ - ولو ادعى عقارا في بلد القاضي وحدده وقال :

انه لى ، وهو في يد فلان الغائب فاسمع بينى واكتب لى فانه يفعل ذلك ويكتب ، وانما فعل ذلك لان الغائب هو الخصم فلا بد من سماع حجة ، فاذا وصل الكتاب الى القاضي المكتوب اليه احضر الخصم وقرأ عليه الكتاب وسأله عن حجة يدلي بها ، فإن ادلى بحجة والا حكم عليه .

فصل

العقار في بلد المكتوب اليه

١٧٣٥ - وإن كان الشيء في بلد المكتوب اليه فانه ان ادلى بحجة والا أمره بالتسليم ثم سجل للطالب بذلك ، ويشهد على نفسه ، فاذا أورد الطالب القضية على الكاتب وأقام بينة عليها وليس خصمه حاضرا لم يقبل ذلك ولم ينفذ الحكم ، ولكن المكتوب اليه اذا حكم للطالب وأمر المطلوب بالتسليم اليه ، فإن أمتنع من ذلك والندار في بلد الكاتب فإنه يكتب اليه كتابا معه يحكى كتابه الذى وصله بما ثبت لفلان عنده ، ويخبره انه جمع بين الطالب والمطلوب ، وقرأ عليهما بعد الشهادة بانه كتابك الى وخاتمك ، فدعوته بحجة فلم يأت بما يدفع ما ثبت لفلان عليه ، وانى حكمت لفلان عليه بذلك وسجلت به سجلا ، وأمرت بتسليم ذلك الى فلان ، والخروج اليه منه فامتنع من تسليمه اليه ،

وذلك قبلك وفي عملك ، وسألني الكتاب اليك واعلامك قضيتي له بذلك لتسلم اليه الدار وتأمر بدفعها اليه فاجبته الى ذلك فاعلمتك به ، فاعمل بما يجب في ذلك عليك ، وسلم هذه الدار المذكورة الى فلان موصل كتابي هذا على الواجب في الشرع والدين •

فصل

ما يفعله حين يرد عليه كتاب قاضٍ آخر

١٧٣٦ - واذا ورد الكتاب على القاضي من قاضٍ بحق لرجل يجوز ان يكتب به ، فان القاضي يجمع بين الذي جاء بالكتاب وبين خصمه والشهود الذين يشهدون على الكتاب ، فاذا حضر الخصم وادعى عليه الحق فان أقر فلا كلام ، وحكم باقراره وان انكر احضر الكتاب ، فاذا شهد الشهود ان هذا كتاب فلان اليك وهو قضي بلد كذا وكذا وهذا خاتمة فان القاضي يسألهم هل قرأه عليهم وختمه بحضرتهم أم لا ؟

فان شهدوا بذلك كله قبله وان قالوا لم يقرأه علينا ولكنه ختمه بحضرتنا او قرأه علينا ولم يختمه بحضرتنا لم يقبله ولم يحكم بما فيه •
١٧٣٧ - وقال ابو يوسف يقبله في ذلك كله ويحكم به •
وهو قول الشافعي ايضا •

ويحكم حينئذ بما فيه اذا كان شرط «الحكم» ^(١) به موجودا فيه •
١٧٣٨ - واذا كان العنوان : فلان بن فلان الى فلان لم يقبله •
وكذلك اذا قال : من ابني فلان الى ابني فلان ، لم يقبله عند ابني حنيفة الا ان تكون الكنية معروفة مشهورة كأبي حنيفة •

١٧٣٩ - وقال ابو يوسف يقبل اذا قالوا هذا كتاب القاضي اليك •
١٧٤٠ - وقال أبو حنيفة : اذا ذكروا اسم الجد ولم ينسبه الى ابيه لم يقبل •
١٧٤١ - وعند ابني يوسف يقبل اذا قالوا كتاب القاضي اليك •
١٧٤٢ - وقال محمد بن الحسن : اذا لم تكن الاسماء والكنى في داخل وكانت على العنوان لم يقبله ولم يحكم به •

(١) ما بين قوسين من نسخة قليج •

١٧٤٣ - ويقبل عند ابى يوسف والشافعى •

فصل

تعديل الشهود على كتاب القاضي

١٧٤٤ - واذا شهدوا على الكتاب وخاتم القاضي وهو كتاب صحيح لم يفذه ^(١) القاضي حتى تثبت عنده عدالة الشهود ، فاذا ثبت فضه بحضرة الطالب والمطلوب ، وان لم تثبت العدالة لم يفذه وجعله فى درج المحضر حتى يسأل عن الشهود ، فان لم يعدلوا قال للطالب زدنى شهودا على الكتاب •

١٧٤٥ - وهذا قول جميع من اعتبر الشهادة عليه وجعلها شرطا فى قبوله •

فصل

موت القاضي الكاتب وعزله

١٧٤٦ - وان لم يصل الكتاب حتى مات القاضي الكاتب ، او عزل ، او عمي او فسق ، او صار فى حالة لا يقبل حكمه ، لم يقبل الكتاب ولم يفذه عندنا •

١٧٤٧ - وقال الشافعى يقبل ، ويحكم به اذا كان قد حكم به وان كان لم يحكم به لم يقبل فى الفسق ولا فيما سوى الموت كما لو فسق ^(٢) شهود الاصل •

فصل

ضاع الكتاب وهرب الخصم

١٧٤٨ - ولو ضاع الكتاب قبل ان يوصله او هرب الخصم ، فسأله المدعى ان يكتب له كتابا الى القاضي الكاتب ، او الى البلد الذى صار اليه الخصم ، ويعرف صورة الحال ، فليس عليه ان يفعل ذلك عندنا •

موت المكتوب إليه إلخ

١٧٤٩ - وقال اصحابنا :

لو مات المكتوب اليه او عزل او فسق ثم ولى غيره القضاء لم يجز له قبوله والحكم به •

(١) فى نسخة خليج لم يقضه وهو غلط •
وفى لسان العرب فى مادة (فضض) : فضضت الشيء أفضه فضا فهو مقضوض ، كسرته وفرقته ، وفوضه وفوضاضته ما يكسر منه •

(٢) فى نسخة خليج (شهد) وهو غلط صحح فى هامش المخطوطة المذكورة •

١٧٥٠ - وقال الشافعي :

لمن ولى ان يقبله ويحكم به لان المولى على^(١) ما حفظه شهود الكتاب وتحملوه . ومن تحمل شهادة وجب على كل قاض العمل بها .

١٧٥١ - وعندنا ان القاضي المكتوب اليه كشهود الفرع اذا حملوا الشهادة لم يكن لغير من حملها ان يقبل ذلك ولا يشهد .

فصل

وصول الكتاب بعد مغادرة الخصم

١٧٥٢ - ولو وصل الكتاب الى القاضي وقد خرج خصمه من البلد ، وطلب من القاضي ان يكتب له بذلك الى البلد الآخر ، انه وصله من فلان القاضي فانه يكتب له بذلك الى ثالث ورابع وكذلك ابدا حتى ينتهي الى البلد الذي فيه الخصم .

فصل

مرض الشهود في الطريق

١٧٥٣ - وقال لو مرض الشهود في الطريق فاشهدوا على شهادتهم لقوم آخرين فان القاضي يقبل ذلك ويسمع الشهادة على الشهادة مثل الشهود بالكتاب ، وكذلك ان بدا للشهود من السفر^(٢) .

فصل

١٧٥٤ - ولو قال الطالب للقاضي : اكتب الى قاضي كذا فان كان خصمي هناك والا اكتب الى قاضي كذا ، فانه يفعل ذلك ، فاذا ورد الكتاب على الاول وسأله ان يكتب الى الثاني فانه يفعل ذلك ويكتب على ما سأل .

(١) في لسان العرب في مادة «عول» :

العول والعويل الاستفائة ، ومنه قولهم معولى على فلان أي اتكالي عليه واستفائتى به فالعول عليه هو المعتمد .

(٢) في لسان العرب في مادة « بدا » : « بدا لى بداءة أي تغير رأبى على ماكان عليه » فقلوه بدا للشهود من السفر أي عدلوا عن السفر وغيروا وجهتهم .

فصل

إلى فلان أو فلان

- ١٧٥٥ - وإن كتب الكتاب إلى فلان أو فلان فأى القاضيين ورد عليه الكتاب انفضه وعمل به عند أبي يوسف لأنه لو كتب إلى من يصل إليه من القضاة جاز ذلك عنده إذا كانت ولايته قبل أن ينفذ الكتاب وانفضه وأجازه •
- ١٧٥٦ - وعند الشافعي ينفذه وإن ولي بعد الكتاب •
- ١٧٥٧ - وقال أبو حنيفة لا ينفذ الكتاب ولا يقبله إلا إذا عين واحدا من الناس •

فصل

هرب الخصم بعد فض الكتاب

- ١٧٥٨ - وإذا هرب الخصم بعد فض الكتاب وقراءته عليه قبل الحكم به ، فسأل الطالب القاضي أن يكتب له إلى قاضى البلد الذى فيه الخصم ، فعند أبي يوسف ينصب له وكيلًا ويحكم كما لو أقام رجل بيعة على دعواه بمحضر من خصمه ثم غاب المطلوب ، فإنه ينصب عنه وكيلًا وينفذ الحكم عليه • وقال ههنا لا يكتب •

١٧٥٩ - وقال محمد :

- لا يقضى عليه بشئ حتى يحضر إلا أن يكون المطلوب أقر بالحق ثم غاب فإنه يحكم عليه •

١٧٦٠ - وقال أبو يوسف هما سواء ، ويحكم عليه إذا غاب •

- ١٧٦١ - وقال محمد في كتاب القاضي إذا كان قد سمع من البيعة بمحضر من المطلوب ثم غاب ولم ير الحكم عليه فإنه يكتب إلى قاضى ذلك البلد الذى هو فيه •

١٧٦٢ - والشافعي يحكم على الغائب وعلى من فى المصر فى أحد الوجهين •

- ١٧٦٣ - وإذا مات المطلوب بالحق فإن القاضي يسمع الكتاب على وارثه أو وصيه ويحكم بما فيه أن كان تاريخ الكتاب قبل الموت أو بعده •

فصل

كتاب القاضي بما لا يراه المكتوب إليه

- ١٧٦٤ - وان ورد كتاب القاضي بما لا يراه المكتوب اليه جائزا مما قد اختلف فيه العلماء لم ينفذه لانه ليس بقضية ، انما هو بمنزلة الشهادة •
- ١٧٦٥ - وان كان قد حكم وامضى الحكم بذلك امضاء ، لانه بمنزلة ما حكم به مما يختلف فيه العلماء •
- ١٧٦٦ - وهو قول الشافعى في القصاص ايضا •

فصل

الإضافة للأب والجد

- ١٧٦٧ - وان كان في الكتاب ان فلانا اقام عندى بينة ان له على فلان كذا لم يقبل الكتاب حتى يضيفه الى أبيه والى جده ، او يحادثه ويعرفه بما يعرف به ، ومتى كان فى ذلك البلد انسان على مثل ذلك الاسم والنسب والصناعة لم يقبل الكتاب الا ان يقيم الطالب بينة انه هو المكتوب فيه الكتاب •

فصل

تشابه الأسماء في البلد

- ١٧٦٨ - وان لم يكن انفذ الحاكم الكتاب فقال المطلوب انا اقيم بينة ان في هذا البلد رجلا كان على هذا الاسم وانه مات ، لم أقبل ذلك الا ان يكون حيا ، ولا انظر فى حال من مات الا ان يكون موته بعد تاريخ الشهادة بالحق الذى فى الكتاب •

- فان كان بعد التاريخ ابطلت الكتاب حتى ينسب الى شىء اعلم انه هو •
- وان كان الذى على ذلك الاسم قد مات قبل ذلك بزمان ودهر انفذت الكتاب على الحي •

١٧٦٩ - وقال الشافعى :

- واذا وصل الكتاب الى المكتوب اليه فحضر الخصم وقال :
- لست بفلان بن فلان فالقول قوله مع يمينه ، لان الاصل انه لا مطالبة عليه •

١٧٧٠- وان اقام المدعى البينة انه فلان بن فلان ، فقال الا اني غير المحكوم عليه لم يقبل قوله الاول الا ان يقيم بينة ان له من يشاركه في جميع ما وصف ، لان الاصل عدم من يشاركه فلم يقبل قوله من غير بينة فان اقام بينة ان له من يشاركه في جميع ما وصف به ، توقف عن الحكم حتى يثبت من المحكوم عليه منهما .

فصل

١٧٧١- واذا حكم المكتوب اليه على المدعى عليه بالحق ، فقال المحكوم عليه : اكتب بي الى الحاكم الكاتب انك حكمت علي حتى لا يدعى ثانيا ، فقد اختلف في ذلك :

فمنهم من قال يلزمه لانه لا يأمن ان يدعي عليه ثانيا ويقم عليه البينة فيقضى عليه ثانيا .

ومنهم من قال لا يلزمه لان الحاكم انما يكتب ما حكم به او ثبت عنده ، والكاتب هو الذي حكم او ثبت عنده دون المكتوب اليه .

فصل

الإشهاد على ما ثبت من الإقرار

١٧٧٢- واذا ثبت عند القاضي حق بالإقرار فسأله المقر له ان يشهد علي نفسه بما ثبت عنده من الاقرار لزمه ذلك لانه لا يؤمن ان ينكر المقر فيلزمه الاشهاد ليكون حجة له اذا انكره .

فصل

الإشهاد على ثبوت الحق بيمين المدعي

١٧٧٣- قال أصحاب الشافعي :

وان ثبت عنده الحق بيمين المدعى بعد نكول المدعى عليه ، فسأله المدعى ان يشهد على نفسه ، لزمه لانه لاحجة للمدعي غير الاشهاد .

الإشهاد على ثبوت الحق بالبينة

١٧٧٤- وان ثبت عنده الحق بالبينة فسأل الاشهاد ففيه وجهان : احدهما

انه لا يجب لان له بالحق بينة فلم يلزم القاضي تجديد بينة اخرى ، وهذا قول عامة صحابنا •

والثاني يلزمه لان في اشهاده على نفسه تعديلا لبيته وأساسا لحقسه والزما لخصه •

فصل

الإشهاد على براءة الخالف

١٧٧٥- وإذا ادعى على رجل حق فأنكره وحلف عليه ، وسأل الخالف القاضي ان يشهد على براءته لزمه الاشهاد ليكون حجة له في سقوط الدعوى ، حتى لا يطلب الحق مرة اخرى •

فصل

إثبات ما جرى في الخصومة في المحضر

١٧٧٦- واختلف في لزوم القاضي ان يثبت في المحضر بما جرى فسي الخصومة اذا طلب احد الخصمين : فمنهم من أوجه ومنهم من لم يوجه •
١٧٧٧- واتفق الجميع على أنه لا يجب الاشهاد عليه والتسجيل اذا لم يكن عنده كاغد من بيت المال وان كان عنده أو دفع اليه الخصم الكاغد فعدنا لا يلزمه ، وعند اصحاب الشافعي يلزمه في أحد الوجهين وكذلك قولهم في المحضر •

أخذ القاضي الأجر على السجل

١٧٧٨- وحكى شيخنا قاضي القضاة رحمه الله عن ابن شريح انه أخذ على سجل سجل به ألف دينار ، وكان بينه وبين داود خصومة فوَلَبَ^(١) عليه أبو بكر بن داود الخصم ، وقال له :

(١) كذا في جميع النسخ والصواب ألْب عليه •

لان وَلَبَ معناها دخل يقال وَلَبَ في البيت والوجه دخل (لسان العرب) اما ألْب يألَب فمعناها اجتمع وتألَب القوم تجمعوا والتَّبَهُم (بالتشديد) جمعهم • وهم عليه ألْب واحد والْب والاوْلَى اعرف •• أي مجتمعون عليه بالظلم والعداوة وقد تألَبوا عليه تألَّبَا اذا تضافروا عليه • (لسان العرب) فالْبَهُم عليه معناها حرضهم عليه •

طالبه بالدناير ، وشنع عليه

فلما اجتمع الخصم به وعزم على المطالبة قال له ابن شريح :

- بمن ترضى من أهل العلم يحكم بيننا فهل ترضى بابن داود ؟

فقال الرجل :

نعم فحضرا عنده والرجل يعرف باطن ابن داود في القضية ، فلما رأى ابن

شريح قد أقبل اليه قام له واستقبله •

فقال ابن شريح له :

- أيها الشيخ هل يجب على الحاكم ان يسجل على نفسه بما ثبت عنده ؟

فقال :

- لا يجب عليه ذلك

فقال ابن شريح :

- فما لا يجب عليه هل يجوز أن يأخذ عنه عوضا أم لا ؟

فقال : له أن يأخذ عنه العوض •

فقال له :

- فاعلم هذا الشيخ أنه لا يجب على رد ما أخذت على سجلي على نفسي •

١٧٧٩- وهذا مذهب لا يصح ، لانه قد لا يجب على الانسان الشيء ومع هذا

لايجوز أن يأخذ العوض عليه كصلوة النافلة •

١٧٨٠- وقد ذكرنا فيما تقدم قولهم في الاجرة على الشهادة والرزق على

الحكم غشنا فلا معنى لاعادته •

فصل

١٧٨١- ولا يقبل الكتاب اذا قال فيه : على فلان بن فلان البكرى أو التميمي

حتى ينسبه الى الفخذ الذي هو منه •

١٧٨٢- ولو قال الخصم : أنا فلان بن فلان الفلاني وليس لهذا على شيء •

لم يقبل ذلك منه ولم يكن في هذا حجة •

فصل

١٧٨٣ - وان قال دفعت المال اليه أو ابرأني أو اتى مخرجا بذلك قبل القاضي ذلك منه .

١٧٨٤ - وان قال :

لست بفلان بن فلان الفلاني والقاضي لا يعرفه ، فالقول قوله ، وقد مضت .

فصل

رسول القاضي إلى القاضي ومشافهته

١٧٨٥ - وإذا أرسل القاضي الى القاضي رسولا بما كتب به أو شافه به في عمله لم يقبل ذلك ولم ينفذه لان الكتاب بمنزلة الشهادة .

عمل قاضي القضاة بالمشافهة

١٧٨٦ - وكان شيخنا قاضي القضاة رحمه الله يعلم خلفاءه ما ثبت عنده من الحقوق مشافهة وبرسالة ويحكمون بذلك على الخصوم ويستوفون الحقوق ويحبسون بذلك القول لهم ، والنص في الرواية ما ذكرناه دون ما كان يعمل .

فصل

١٧٨٧ - وإذا مات الكاتب أو عزل بعد وصول الكتاب وقراءة ما فيه امضاء . ولو فسق أو صار في حال لا يجوز حكمه من ذهاب عقله بعد وصول الكتاب لم ينفذ ما فيه وردد هذا القاضي .

١٧٨٨ - وقال أبو يوسف : اذا عمى بعد الوصول انفذ ، كما لو مات ، وهو قول الشافعي .

كتاب العامل وقاضي الرستاق

١٧٨٩ - ولا يقبل القاضي كتاب عامل ولا قاضي رستاق ولا قرية الا قاضي مصر من الامصار أو مدينة فيها منبر ^(١) وكان شيخنا قاضي القضاة رحمه الله يقبل كتب قضاة السواد ويحكم بها ، غير ان سواد العراق في كل موضع منبر وخطبة ، وفي بعضه اسواق وحكمه حكم المدن في غير العراق .

فصل

١٧٩٠ - وقالوا لو كتب القاضي الى الامير الذي استعمله وهو معه في المصر

(١) من أول الفصل ٢٢٨٦ الى هنا ورد في نسخة قليج فقط .

- اصلح الله الامير
ثم قص القصة وبعثه مع ثقة ولم يشهد على الكتاب جاز
وقال محمد :

استحسن ان ينفذه
وان كان في مصر آخر لم ينفذه حتى يكتب اسم الامير واسم ابيه واسم
القاضي واسم ابيه .

فصل

١٧٩١ - وان انكسر خاتم القاضي وعليه خواتم الشهود نان القاضي يقبله ،
وكذلك لو شهدوا انه قرأه علينا واشهدنا عليه فانه يقبله ، وكذلك ان كان الكتاب
منشورا او في اسفله خاتم فانه يقبله اذا شهد الشهود عليه ، وانه قرأه عليهم ،
وهكذا قول ابي يوسف والشافعي في هذه الوجوه كلها .
١٧٩٢ - وفي قول ابي حنيفة لا يقبل .

فصل

الظمن في الشهود والقاضي والكتاب

١٧٩٣ - واذا طعن المطلوب بالحق في الشهود أو القاضي الكتاب وذكر
فيهم ما يوجب وقوف حكمه وشهادتهم ، وأقام بينة بانهم فسقة او محدوذون فني
قذف أو عيب أو ذمة ، فهذا شبهة توقف الحكم وتمنع من امضاءه ، وهذا في قول
جميع من نعلمه من الفقهاء ممن لا يقبل شهادة محدود او عيب او ذمي في ذلك
على ما تقدم بيان ذلك .

كتابه القاضي بما تسمع فيه البينة

١٧٩٤ - وكل ما تسمع فيه بينة ويحكم بها اذا كان حاضرا فانه يكتب بها
اذا كان غائبا الا المواضع التي ذكرناها من الحدود والقصاص وما ذكرناه ، وفي
هذه الابواب والفصول مسائل كثيرة نذكرها في المحكوم به .
١٧٩٥ - واذا قد ذكرنا صفة القاضي وما يجب كونه عليه من الامور والمقتضى
له وطريق القضاء ، وذكرنا ما في ذلك من المسائل والابواب ، وجب ذكر المقتضى
به من الحقوق وهذا يقتضي ان نذكر الكتب والمعاملات وسائل الافعال والاقوال ،
ونرتب ذلك على ترتيب الكتب ، ونبدأ في ذلك ان شاء الله بكتاب البيوع .

المقضي به من الحقوق

كتاب البيوع

وهذا كتاب البيوع

أنواع البيوع

١٧٩٦ - اعلم ان البيوع على ثلاثة أضرب :

بيع مجمع عليه وعلى صحته

وبيع مجمع على تحريمه وفساده

وبيع مختلف فيه ، يجوز عند بعض الفقهاء ولا يجوز عند بعضهم .

أسباب الخلاف في البيع

١٧٩٧ - والخلاف الواقع في البيع اما ان يكون في أصل البيع او في صحته

أو فساده او في قبضه ، او في ثمنه ، او في مقداره او في تأجيل الثمن أو في الثمن والمبيع جميعا او شرط الخيار او في مقداره او في الرهن المشروط فيه أو كفيل فيه او يدعي المتعاقدان لهما أو لغيرهما او ورثتهما أو ورثه أحدهما أو وكيلهما أو في العيب بالعوضين أو أحدهما .

١٧٩٨ - ونحن نفصل هذه الجملة ، ونذكر ما اتفق عليه منها ، وما هو مختلف

فيه ، ونذكر جملة ما يشتمل عليه البيع من مسائل الخلاف المتكلم فيه والمناظر فيه اليوم دون ما بعد وشد القائل به .

باب الرجل يدعي على غيره بيع سلعة

١٧٩٩ - واذا ادعى على رجل بيع سلعة او عقار او حيوان او شيء تسمع

الدعوى عليه فان القاضي يعدى عليه ، فاذا حضر اليه سوى بينهما في المجلس ولم يرفع شريفا على وضع ولا مسلما على ذمى ، ولم يخص أحدهما بأمر ولا تقريب ولا سر [كذا] ولا يستلّه عن حاله وبذلك جاءت السنة وثبتت القضايا^(١) .

(١) هذا التفصيل تكرر لادب القضاء حيث لاتمس الحاجة اليه ولا

يخلو مع ذلك من أهمية لاشارته الى تقاليد القضاء بما جاءت به السنة .

١٨٠٠ - فإذا حضرا بين يديه سأل المدعى عن دعواه فإن كانت فى منقول اعتبر حضوره عنده وإن كانت فى عقار اعتبر أن يحده بحدوده ويصفه ويميزه .

ترتيب التسليم

١٨٠١ - وإذا ادعى عليه البيع بالثمن المعلوم وصحت الدعوى من وجوه الفساد والجهالات سأل المدعى عليه ، فإن أقر أمر بتسليم المبيع أولا عند الشافعي ثم يأمر المشتري بتسليم الثمن .

١٨٠٢ - وقال أصحابنا جميعا إذا أقر بالبيع أمر المشتري بتسليم الثمن إذا كان ديننا وإذا كان عينا بعين أو ثمننا بثمان سلما معا .
١٨٠٣ - وللشافعي فى ذلك ثلاثة أقوال :

أحدها كما قلنا

والثاني الخيار الى الحاكم

والثالث يقرع بينهما

حالة جحد البيع

١٨٠٤ - وإن جحد البيع سأل المدعى عن البيعة ،

- لك بذلك بيعة أم لا ؟

فإن قل لا بيعة لى ، قال له :

- لك اليمين على الخصم .

ثم أعلم المدعى عليه بذلك ، وقال له :

- اتحلف ؟

فإذا قال نعم وبذل اليمين ، قل للمدعى :

تريد أن أحلفه لك ؟

فإن قال نعم

قال للمدعى عليه :

اتحلف ؟

فإذا قال :

نعم

قال له :

قل والله ، وحلفه بهذه اليمين التي وصفناها^(١) وبما وصفنا ،
ويقول له :

— بالله ما بعته الذي ادعاه من العبد او الدار بالثمن الذي ادعى •

تعريض البائع

١٨٠٥ — الا ان يعرض البائع ان الانسان قد يبيع ثم يرجع اليه بأمر آخر
فانه يحلفه :

— ما بينك وبين هذا بيع تام قائم الساعة فيما ادعى •

١٨٠٦ — وروى عن ابن زياد انه قال :

لا احلفه الا على هذا الاخير عرض الخصم او لم يعرض ، لان حلفه على
هذا يأتي على دعوى المدعى

١٨٠٧ — وقال بعض أصحاب الشافعي :

— يحلفه : لا يستحق عليك هذا الذي يدعيه بالبيع •

١٨٠٨ — ومن اصحابنا من قال :

احلفه ما هذه الدار شراء لهذه الساعة بما ادعى من الثمن ؟

١٨٠٩ — وان شاء حلفه :

ما هذا البيع الذي ادعى عليك في ذلك قائم له فيها الساعة بهذا الثمن على
ما ادعى •

١٨١٠ — فان حلف برىء من الدعوى

وان نكل عن اليمين قضى عليه بالبيع عندنا ، وعند الشافعي ومالك برد الثمن

فصل

١٨١١ — وان قال :

لي بينة ولكن غائبة عن المجلس فحلفه لي :

(١) في نسخة قيلج : (بما وصفنا في اليمين) •

فأبو حنيفة لا يحلفه •

وأبو يوسف يحلفه ، وبه قال الشافعي ، وقد مضى شرح ذلك فيما تقدم •

١٨١٢ - وإنما جعلنا القول قوله مع يمينه لأن الأصل عدم التبايع ، فمن ادعى البيع فهو المدعى •

١٨١٣ - وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال :

- « إذا اختلف المتبايعان فالقول ما قال البائع » ^(١) ولأن الأصل بقاء ذلك وزواله مشكوك فيه ، وهذا شأن جميع العقود التي يدعيها بعض الناس على بعض ، فأجعل الأصل عدم ما يدعيه الإنسان على غيره من سائر الدعاوى ، لأن الأصل براءة الذمة وفراغ الساحة وطريق شغلها إنما هو الشرع •

١٨١٤ - وكذلك إن كان المدعى للبيع صاحب السلعة والمشتري هو المنكر للبيع فالحكم في ذلك سواء ، ولا فرق في هذا بين دعوى الرجل لنفسه أو لغيره أو لولده أو لشريكه أو لولاه أو لعيده ، فالحكم في ذلك سواء •

١٨١٥ - ولا خلاف بين العلماء أن القول قول المنكر للبيع مع يمينه ، وأنه لابد من اليمين لتسقط الدعوى في البيع وفيما يصح بدله عند أبي حنيفة •

١٨١٦ - وما لا يصح فقد ذكرنا فيما تقدم ما يستحلف فيه وما لا يستحلف فيه فلا وجه لاعادته •

(١) ورد هذا الحديث في كتاب الآثار لأبي يوسف ورقمه ٨٣٠ وصيغته « إذا اختلف المتبايعان فالقول قول البائع أو يترادان البيع » والمراد بالاختلاف ههنا الاختلاف في الثمن كما هو ظاهر من سبب الحديث وأنه روى في صند نزاع على ثمن مبيع ، وقد جاء في موطأ مالك إخراج محمد بن الحسن الشيباني أن صفة الحديث المذكور هي « أيما بيعان تبايعا ، فالقول قول البائع أو يترادان » قال محمد :

وبهذا نأخذ ، إذا اختلفا في الثمن تخالفا وترادا البيع ، وهو قول أبي حنيفة ، والعامّة من فقهاءنا ، وإذا كان المبيع قائما بعيته ، فإن كان المشتري قد استهلكه فالقول ما قال المشتري في الثمن ، في قول أبي حنيفة ، وأما في قولنا فيتخالفان ويترادان القيمة •

فصل

اتفاقهما على البيع واختلافهما في فساده

الأصل في العقود الصحة

- ١٨١٧ - وأما إذا اتفقا على البيع ، واختلفا في فسادهما فالأصل عدم الفساد ، لأن دخول كل متعاقدين في عقد اعتراف منهما بصحة ذلك العقد •
- ١٨١٨ - والوجه الآخر : القول لمن يدعى الفساد •
- ١٨١٩ - إلا أن يكون العقد يشهد بالفساد أو فيما يقضى الفساد فيعمل بذلك فيه ، ويجعل القول قول من يدعيه كالمشتري لأم ولد أو لمكاتب أو مدبر أو مالا يجوز شراؤه ولا يبيعه عند الحاكم الذي ارتفع إليه فلا يسمع الدعوى •

فصل

اختلافهما في القبض

الأصل عدم القبض

- ١٨٢٠ - وإذا اختلفا في قبض المبيع أو قبض الثمن فالقول قول الذي ينفي ذلك ، والينة بينة المثبت للقبض منهما إذا أقاما بينة •
- ١٨٢١ - وهذا لا خلاف فيه لأن الأصل عدم القبض ، والقبض أمر حادث فمن ادعاه فهو المدعى ، فإذا شهدت بينة بأنه لم يقبض ، والاخرى بالقبض فيينة القبض مثبتة للحكم والاخرى نافية ، فتكون بينة القبض أولى •

فصل

- ١٨٢٢ - وإذا اشترى الرجل سمنا أو غيره في زق فأنزله ، ثم جاء بالزق ليرده ، فقال البائع :
- ليس هذا زقي ، فالقول قول المشتري مع يمينه ، لأنه مشتر للسمن

ومؤمن فى الرق فالقول قول المشتري ، اذا جاء بما هو مؤمن عليه فقال :
- هذا هو :

كان القول قوله

وجعل المضمون عليه من الرق^(١) ما يقوله ، والبائع يدعى عليه الزيادة
فالقول قوله انه لم يستوفى الا ما يقوله •

فصل

الاختلاف فى قيمة المقبوض وقيمة غير المقبوض

١٨٢٣ - واذا اشترى عدين فقبض احدهما فمات عنده ، ومات الآخر عند
البائع ، ثم اختلفا فى قيمة المقبوض وفى قيمة الآخر فالقول قول المشتري •
قال محمد :

الا ترى انه لو اشترى طعاما فقبض بعضه وهلك الباقي عند البائع فقال قبضت
ثلثه وقال البائع قبضت نصفه فالقول قول المشتري لانه الضامن ، ولانه لو انكر
لكان القول قوله •

فصل

موت أحد المبيعين عند المشتري ورد الآخر بالعيب

واختلافهما فى قيمة الميت

١٨٢٤ - ولو كان المشتري قبض العدين فمات احدهما عنده وجاء بالآخر
يرده بالعيب واختلفا فى قيمة الميت كان القول قول البائع مع يمينه ، لان
المشتري يدعى براءة نفسه بعود هذا العبد اليه زيادة على ما يقوله البائع ، ولا
يشبه المسئلة الاولى لان التسليم واجب على البائع بالبيع فلا يصدق البائع فى انه
قد برىء منه ، ولانه دخل فى ضمان المشتري ، ويقسم الثمن على قيمة الذى
يرده غير معيب وعلى قيمة الميت كما أقر به البائع فيرده بما يخصه ويلزمه حصة

(١) فى النسختين : الزيت •

الميت ، لأننا جعلنا القول قول البائع فيما يخص هذا العبد اذ كنا جميعا فى ضمان المشتري •

١٨٢٥ - وإن أقاما بينة كانت البينة بينة البائع أيضا ، لأنه أقام البينة على زيادة قيمة الميت ، والوجه الذى قبلنا بينته غير الوجه الذى جعلنا القول قوله فيما يسقط عن المشتري من الثمن ، وقبلنا بينته فى زيادة الثمن للميت •

١٨٢٦ - وكذلك لو كان مكان العبدین عدلا رطب فانه يقسم الثمن كذلك عند التنازع على سواء •

فصل

اختلافهما فى المبيع أو الثمن

١٨٢٧ - قال أصحابنا :
وإذا اختلف المتبايعان فى المبيع أو الثمن فانهما يتحالفان ، سواء أكان ذلك عينا أو فى الذمة ، فإن كان فى الذمة ، فكل ما كان معقودا عليه فانه يثبت التحالف فيه عندنا ، والتحالف يثبت فى الجملة بين المتعاقدين •

١٨٢٨ - وقال داود (الظاهرى) لا يثبت •

١٨٢٩ - لنا خبر ابن مسعود انه عليه السلام قال :
« إذا اختلف المتبايعان تحالفا وترادا » •

أو لأن كل واحد منهما يدعى على صاحبه عقدا غير العقد الذى يدعيه الآخر •
فيجب على كل واحد اليمين على دعوى الآخر •

فصل

اختلافهما فى الثمن مع قيام السلعة

١٨٣٠ - وإذا اختلف البائع والمشتري فى الثمن والسلعة قائمة فى يدي البائع أو المشتري فالقول قول البائع لأنه عليه التسليم •

قال : « إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة فالقول قول البائع » (١) •

(١) وردت هذه الجملة فى الهامش الاعلى من نسخة قليج •

قال ابو الحسن رحمه الله كان القياس عند ابي حنيفة وابى يوسف رحمه الله ان يكون القول قول المشتري مع يمينه ، لكنهم تركوا القياس لاجل الخبر .
١٨٣١- وقال أبو خازم القاضي اذا كانت السلعة معهما فالقياس ان يكون القول قول المشتري وان كانت السلعة في يدى البائع فالقياس ان يتحالفا على ماورد به الخبر ، لان السلعة اذا كانت في يدى البائع فكل واحد منهما يدعى حقا على صاحبه فيجب ان يتحالفا ، واذا قبضت فلا حق للمشتري في الدعوى لان الملك قد وصل اليه بالقبض وانما الدعوى للبائع عليه ، فيجب ان يجعل القول قوله الا انهما يتحالفا للخبر .

١٨٣٢- وقال الحسن بن ابي مالك وابو عبد الله البلخي القياس ان يجعل القول قول المشتري في الوجهين جميعا ، وانما ترك للآخر لانهما اتفقا على ان الملك للمشتري والبائع يدعى عليه الزيادة وهو ينكرها فالقول قوله .
١٨٣٣- وقال بعض اصحابنا هذا خطأ لأن الخلاف في العقد وعليه يتحالفا ولو كان ذلك اختلافا في الدين لكان على الزيادة دون مايعترف به من الدين .

١٨٣٤- وقال في كتاب الدعوى :

كان ينبغي في القياس انهما متى حلفا انه بيع بألف درهم وكفى ولكن تركنا هذا القياس للآخر ، لانهما اتفقا على ان الملك للمشتري وقد اتفقا على قدر ما اتفقا عليه من الثمن ، والبائع يدعى الزيادة ، فكان القول قول المشتري ، لانه يدعى الظاهر والبينة بينة البائع ، لانه يدعى خلاف الظاهر ، وانما تركنا ذلك لقوله عليه السلام : « اذا اختلف المتبايعان وليس بينهما بينة فالقول قول رب السلعة أو يترادان » .

١٨٣٥- وروى انه قال : « اذا اختلف المتبايعان والبيع قائم فالقول قول البائع أو يترادان » .

فقال الكرخي رحمه الله : هذا الخبر ورد بخلاف قياس الاصول ، فقد ورد بضرب آخر من القياس لانه لاخلاف انهما لو اجمعا على ان الملك كان لزيد ثم اجمعا انه انتقل الى عمرو واختلفا في الجهة التي انتقل منها اليه فقال عمرو

ملكك ذلك بهبة او صدقة وقال زيد ملكك ذلك بالشراء فالقول قول زيد ، كما انه لو ادعى عليه الملك وانكره كان القول قوله دون قول مدعي الملك ، واذا صح ذلك وجب ان يكون القول قول المالك فيما ملك به عليه ، كما يكون القول قوله في الجهة التي انتقل بها الملك ، وقد فرق بين الموضعين بانه في الهبة لم يوافقه على جهة الملك وفي مسألتنا قد وافق البائع المشتري على انه ملك بالشراء فينبغي ان يكون القياس بخلاف الخبر •

١٨٣٦- وانما يكون القول قوله مع يمينه وان لم ترد اليمين في الخبر لان من دفع دعوى غيره عليه حقا كان القول قوله مع يمينه ويحلف المشتري ايضا لان المشتري يدعى عليه البديل الذي يدعيه البائع فيجب ان يحلف •
١٨٣٧- وهذا أصل جار فيما يصح بذله عند ابي حنيفة مما يستحلف فيه وعند ابي يوسف والشافعي في كل ما يصح الاقرار به الا الحدود خاصة وايهما نكل عن اليمين لزمه دعوى صاحبه ولا يرد اليمين ، وقال الشافعي ببرد اليمين •

فصل

من الذي يبدأ به في اليمين

١٨٣٨- والذي يبدأ به في اليمين البائع ، وهذا قول ابي يوسف الاول ، وهو قول زفر ثم رجع وقال الذي يبدأ به في اليمين هو المشتري ، وهو قول محمد لانه المبتدأ به في الثمن اذا كان غير معين •
١٨٣٩- وقد بنا ان الشافعي يبدأ بتسليم المبيع فيبدأ يمين البائع •
١٨٤٠- وقال الطحاوي في أدب الحكام الصغير له :
قال أبو حنيفة :

اذا اختلف المتبايعان في الثمن قبل القبض وبعده فانهما يتحالفان ويترادان ويبدأ باليمين البائع •

١٨٤١- وذكر ان الحسن بن زياد روى عن ابي حنيفة انهما اذا اختلفا في الثمن بدأت بالمشتري وان اختلفا في المبيع بدأت بالبائع •

١٨٤٢- واختلافهما في المبيع ان يقول المشتري اشتريت منك ثوبين ويقول
البائع بعثك ثوبا واحدا ، فيبدأ ههنا بالبائع •
١٨٤٣- والخلاف في الثمن ان يقول :
بعث بالف

ويقول المشتري بخمسائة ، فيبدأ ههنا بالمشتري •

فصل

في العين بالعين والدين بالدين

١٨٤٤- وهذا اذا كان الثمن دينا •
فان كان عينا بعين ، او كان الثمن والمبيع دينا فان الحاكم بالخيار في البداية
بأيهما شاء لانه ليس هناك ما يوجب تقديم احدهما على الآخر •
١٨٤٥- وكان الكرخي رحمه الله يقول :
الرواية في العين بالعين ، والدين بالدين قياس المذهب •

فصل

اختلاف في الثمن والسلعة مستهلكة

١٨٤٦- وان اختلفا في الثمن والسلعة مستهلكة في يدى المشتري باستهلاك
أو اكل فالقول قول المشتري مع يمينه ، ويلزمه ما أقر به من الثمن عند ابي
حنيفة وابي يوسف •
١٨٤٧- وقال محمد والشافعي يتحالفان ، ويكون على المشتري قيمة السلعة
والقول في القيمة قول المشتري مع يمينه •
١٨٤٨- ولو اقاما بينة اخذت بينة البائع لانه يثبت الزيادة على المشتري
وانما لم يثبت التحالف مع هلاك السلعة لان الخبر ورد معللا بقيام السلعة ، ولان
بعد الهلاك لا يصح فسخ البيع بالعيب وكذلك بالتحالف والاقالة لانه لا فائدة من
اليمين الاولى لان القول قوله في القيمة •

فصل

السلم

المبيع في الذمة

١٨٤٩- وإذا كان المبيع في الذمة سلما واختلفا في الجودة او الرداءة او الوسط او في قدره فانهما يتحالفان لان هذه المعاني معقود عليها في السلم فالاختلاف فيها اختلاف في نفس المعقود عليه •
وان كان الخلاف في صفات العين لم يثبت التحالف لانها غير معقود عليها

فصل

كيف يحلف البائع

١٨٥٠- وكيف يحلف البائع هنا ؟

قال اصحابنا :

- يقول بالله ما بعث بالف وانما بعث بالفين •

قالوا : الثمن انما يكون على النفي ولكن هنا يدعي الشراء فيه بالف وهو يرد ذلك فيمينه هنا على الاثبات ولا يكون يمينا على الاثبات الا ههنا ولكنها على وجه التبع للنفي ، ومثل هذا جائز ، لان المودع اذا قال رددت الوديعة ، وان كانت اليمين على الاثبات الا ان معناه انه لا يستحق على الوديعة فكذلك هذا ، لكن في هذه الزيادة فائدة ، لانه اذا حلف انه ما باع بألف يجوز أن يقول قد بعث بألف وخمسمائة ، فاذا قال بعث بالفين لم يمكن ان يدعي بعد ذلك •

١٨٥١- والمشتري يحلف فيقول :

بالله ما اشتريت بالفين وانما اشتريت بالف كما قلناه في البائع •

فصل

كيف يحلف البائع

١٨٥٢- واذا حلفا جميعا فانه يبقى المبيع بينهما قائما ولا يفسخه الحاكم

حتى يسأل ذلك احدهما لان دعوى كل واحد قد بطلت يمين الآخر فصار
بيعا بغير بدل فيفسد ، والبيع الفاسد يحتاج في رفعه الى حكم الحاكم ، لانه يجوز
ان يرجع احدهما الى تصديق الآخر ، وليس هذا كفرقة اللعان عندنا لان الفرقة
حق لله تعالى ، فلو تراضيا على البقاء على النكاح لم يجز ذلك فلهذا فرق من
غير مسألة .

فصل

اختلافهما في جنس ما أسلم فيه

١٨٥٣ - واذا قال احدهما اسلمت اليك في كرا^(١) خنطة ، وقال المطلوب
في كرا شعير تحالفا لانه اختلاف في المعقود عليه .
ولا يشبه هذا اختلافهما في ذرع الثوب اذا كان عينا لانه لا يتخالف لانه ليس
معقودا على الصفة في البيع لان زيادة الذرع عندما يكون للمشتري ونقصانه
لا يوجب حط جزء من الثمن ، ويفسخ العقد بينهما .
١٨٥٤ - وقال اصحاب الشافعي في فسخ العقد بعد التحالف وجهان :
أحدهما كما قلناه .
والثاني ينفسخ بنفس التحالف

اليمين في السلم

١٨٥٥ - ويبدأ في السلم يمين المطلوب في قول ابي يوسف الاول ، وهو
قول زفر .

(١) جاء في لسان العرب في مادة (كرا) : الكر مكيا لاهل العراق ،
وفي حديث ابن سيرين : اذا بلغ الماء كرا لم يجعل نجسا ، وفي رواية « اذا كان الماء
قد كرا لم يحمل القذر » والكر ستة أوقار حمار ، وهو عند أهل العراق ستون
قفيزا ويقال للحصى كرا ايضا ، والكر واحد أكرار الطعام ، ابن سيده : يكون بالمصرى
اردبا ، قال ابو منصور : الكر ستون قفيزا ، والقفيز ثمان مكاكيك ، والمكوك صاع
ونصف وهو ثلاث كيلجات ، قال الازهرى : والكر من هذا الحساب اثني عشر
وسقا كل وسق ستون ضاعا .

وفي الثاني يمين الطالب وهو قول محمد لانه جعل المطلوب كالبائع ،
والطالب كالمشتري •

فصل

١٨٥٦- وان أقاما جميعا بينة اخذت بينة الطالب لانه ادعى جنسا وانكره
الآخر فوجب ان تكون البينة بينته ، لانه اثبت ما ادعاه ، والمطلوب أقام البينة على
شيء قد ابرأه عنه ورد اقراره فيه •

فصل

اختلافهما في مكان الإيفاء

١٨٥٧- وان اختلفا في مكان الايفاء فالقول قول المطلوب والبينة بينة الطالب
في قول ابي حنيفة •

١٨٥٨- وقال ابو يوسف ومحمد يتحالفان وهو قول الشافعي لان المكان
اختلاف في غير المحلوف عليه فصار كالاختلاف في الرد بالعيب ، وهما يقولان
القيمة تختلف بالاماكن فصار كالمعقود عليه •

فصل

اختلافهما في الثمن بعد هلاك إحدى العينين

١٨٥٩- واذا كان المبيع عينين فهلكت أحدهما ثم اختلفا في الثمن فان أبا
حنيفة قال :

- لا يثبت التحالف الا ان يرضى البائع ان لا يأخذ من الهالك ثمنا ولا قيمة
ويجعله كأنه لم يكن فحينئذ يتحالفان ويرد الباقي •

١٨٦٠- وقال أبو يوسف يتحالفان في الباقي ويلزمه عن الهالك الثمن والقول
قول المشتري فيه •

- ١٨٦١- وقال محمد والشافعي :
- ١٨٦٢- ويتحالفان ويرد الباقي وقيمة الهالك ، وهذا اذا كان المشتري قد قبض •
- ١٨٦٣- وجعل ابو يوسف ذلك كالرد بالعيب اذا هلك البعض رد الباقي
- ١٨٦٣- ومحمد يوجب التحالف مع قيام المبيع ومنع هلاكه كله ويرد القيمة
- ١٨٦٤- وابو حنيفة جعل ذلك كالأقالة ومضى على اصله من القياس •
- ١٨٦٥- وان اقاما جميعا بينة فالبينة بينة الطالب لانه اجتمع بيتان أحدهما له والاخرى عليه فكانت التي عليه اولى •

فصل

اختلافهما في المسلم والمسلم به

- ١٨٦٦- واذا اختلفا فقال احدهما اسلمت اليك عشرة دراهم في كرى حنطة وقال الآخر بل اسلمت لي عشرين درهما في كرى واحد فانهما يتخالفان وايهما نكل لزمته دعوى صاحبه •
- ١٨٦٧- وان اقاما البينة جميعا قبلت بينة الطالب في كرين وبينة المطلوب في عشرين درهما لانا نأخذ بالزيادة من اليتين وكل واحدة تثبت حقا على الآخر فينبغي ان يقضى به •

فصل

- ١٨٦٨- وان قال الطالب : خمسة دراهم في كرى حنطة وقال المسلم اليه : عشرة دراهم في كرى شعير فأقاما جميعا البينة فإنه يقبل بينة الطالب في الحنطة وبينة المطلوب في الشعيرة فتقبل بينة كل واحد منهما في الزيادة •
- ١٨٦٩- وقال الشافعي تنهاتر اليتان •
- ١٨٧٠- وقال محمد : ذلك سلمان : خمسة في كرى حنطة وخمسة في كرى شعير •

١٨٧١- وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم ، ان رجلين تنازعا في

بغير وإقام كل واحد منهما البينة على النتائج ففضى به بينهما نصفين ، وهذا على الشافعي لانه سوى المستلثين وعلى محمد أنه لم يجر بينهما الا عقد واحد فلا يجوز أن يلزمهما عقدان •

١٨٧٢- وليس كذلك اذا كان رأس المال جنسين لانه لا يمكن أن يدخل احدهما في الآخر وفي مسئلتنا يدخل الاقل في الاكثر •

١٨٧٣- ومحمد يقول يجب أن تصحح البيتان جميعا •

١٨٧٤- وكل واحد يدعي غير ما يدعيه الآخر من المعقود عليه فهو كما لو ادعى أحدهما عبدا والآخر جارية •

فصل

الاختلاف في الأجل أو الخيار أو الرهن . . . إلخ

١٨٧٥- واذا اختلفا في الاجل أو الخيار أو الرهن أو الكفيل أو الضمين فأنهما لا يتحالفان عندنا ويكون القول قول من ينفي ذلك •

١٨٧٦- وقال زفر والشافعي يتحالفان ، لانه اختلاف في غير المعقود عليه فلا يتحالفان وهما قاسا ذلك على اختلافهما في المعقود عليه •

فصل

١٨٧٧- واذا كان الاختلاف في الاجل فقال الطالب شرطت لك كذا من الاجل وقد مضى وادعى المطلوب أجلا ابعد منه وانه لم يحل فالقول قول الطالب مع يمينه •

١٨٧٨- والاجل حق للمطلوب لانه لو اسقط الاجل وعجل المسلم فيه اجبر رب السلم على قبوله ، وهو يدعي الزيادة على ما اقر به الطالب فالقول قول من ينفي الزيادة •

فاذا ادعى الطالب ايفاءه لم يصدق وعليه البينة انه قد اوفاه الذي اقر به كمن اقر بدين وادعى ايفاءه •

١٨٧٩- وان أقاما بينة فالبينة بينة المطلوب •

١٨٨٠- ولو قال الطالب : أجلتك شهرا وقد مضى •

وقال المطلوب لم يمض انما أخذت منك الساعة فاقول قول المطلوب
أيضا ، وكان القياس أن تكون البينة بينة الطالب لانه يدعي الإيفاء فصار كمن
يدعي إيفاء الدين • وانما جعلنا بينة المطلوب أولى لانه يثبت اختلافهما بعمل فيه
التأجيل عن الشهر الذي أقام البينة على إيفائه به فبه مثل أن يقيم البينة أنه أوفاه
الدراهم وأقام الذي له الدين أن عليه مائة دينار ولم تعارضه بينة قبي ذلك ،
وكذلك في الشهر الذي اثبت هو الاجل لم تعارضه فيه بينة الطالب ، والوجه
الذي جعلنا القول قوله غير الوجه الذي قبلنا بيته •

فصل

نفى أحدهما شرط الأجل وادعاء الآخر

١٨٨١- وان نفى أحدهما شرط الاجل وادعاء الآخر فاقول قول الذي
ادعاه ايهما كان •

١٨٨٢- ولا يصدق الآخر على الفساد للسم والقياس أن يكون القول
قول من ينكر الاجل لان الاجل يدعي عن الطالب وهو جاحد فلا يصدق عليه
كما لاتصدق في زيادة الثمن ، وكما لو أنكر السلم رأسا والاستحسان أن يكون
القول قول من يدعي الاجل الا أن يكون الميث للاجل هو الذي يستحق عليه
فلا يكون ذلك استحسانا ، ويكون قياسا ، ويكون السلم فاسدا عند ابي يوسف
ومحمد وعند ابي حنيفة يثبت السلم استحسانا •

١٨٨٣- وجه قولهما أن الأجل في السلم حق للمطلوب على الطالب فلا
يجوز أن يستحقه المطلوب عليه بقوله ، كما لا يجوز أن يستحق عليه بقوله أن
هذا زهنة عندي ، أو أن هذه الدار أجراها مني •

١٨٨٤- والاستحسان أن يكون القول قول من يدعيه لان تسمية السلم
تقضي ثبوت الاجل ، لانه عبارة عن تقديم أحد العوضين وتأخير الآخر ، وقد
أجمعا على أن ذلك سلم فصار كأنما قد اعترفا بثبوت الاجل في ذلك ولو اعترفا بذلك
ثم قال الطالب لم يكن أو قال المطلوب لم يؤجل لم يصدق واحد منهما لان المنكر
بعد ذلك مدع لفساد العقد الذي اعترفا به ، وليس يمنع ان يستحق بما يجري

مجرى الاعتراف لان البائع لو قال بعث مالم يكن لسي أو قال المشتري اشتريت ما لم يكن للبائع بعد اعترافهما بالبيع لم يصدق في ذلك ، وكما لو أقرا يعقبد نكاح وادعى أحدهما أنه كان بغير شهود لم يصدق في ذلك •

١٨٨٥- ويثبت الاجل وان كان مجهولا ويرجع الى قول المسلم اليه اذا كان ما ادعاه في العادة ، وان ادعى شيئا منع منه العادة التي يتعارف الناس ذلك فلا يكون القول قوله ويرجع فيه الى العادة ، ولا يتحالفان ولا يترادان في اختلاف الاجل خلافا للشافعي •

فصل

قاعدة من لزمه شيء فالقول قوله مع يمينه

١٨٨٦- واذا تاركا السلم بعد قبض رأس المال ثم اختلفا في رأس المال فالقول قول المطلوب مع يمينه ، لانه يدعي عليه زيادة وهو ينكرها فالقول قوله •
١٨٨٧- وقالوا لو رد المبيع على البائع بعيب ثم اختلفا في الثمن جعل القول قول البائع أنه ما قبض الا ذلك القدر لان من لزمه شيء فالقول قوله مع يمينه •

فصل

اختلافهما في المعقود عليه في السلم

١٨٨٨- واذا اختلفا فقال رب السلم اسلمت اليك في ثوب هروي^(١) وقال الذي عليه السلم بل هو زطي^(٢) فإنه يحلف الذي عليه السلم بالله ماهو بهروي فان حلف برى ، وعلى الطالب أن يحلف بالله ماهو زطي ، فاذا حلف رد رأس المال لانه اختلاف في نفس المعقود عليه فوجب التحالف •
١٨٨٩- وايهما نكل لزمه دعوى صاحبه ويصير كأنه صدقه فيما يدعي عليه •

١٨٩٠- وان أقاما جميعا بينة فالبينة بينة الطالب لانه اثبت المطلوب بينته

(١) نسبة الى هراة •

(٢) نسبة الى الزط وهم قبيل من الناس كانوا يعيشون في سواد العراق • وفي لسان العرب : الزطّ جيل اسود من السند اليهم تنسب الثياب الزطية ، وقيل الزط اعراب جتّ بالهندية وهم جيل من أهل الهند وقيل الزط السباجة قوم من السند بالبصرة •

نوبا زطيا ، وقد ابرأه الطالب منه والبراءة تصح لانها في الذمة ، وقد اثبت الطالب بيئته نوبا هرويا فوجب أن تقبل بيئته عليه لانه ما ادعاه •

١٨٩١- وان اتفقا على أنه ثوب يهودي غير ان الطالب قال : هو ستة أذرع في ثلاثة أذرع ، وقال المطلوب هو خمسة أذرع في ثلاثة فهذا والاول في القياس سواء يتحالفان ويترادان ، وبالقياص تأخذ •

١٨٩٢ - وأما في الاستحسان فينبغي ان يكون القول قول المطلوب مع يمينه لان الذرع صفة ، والاختلاف في الصفات لا يوجب التحالف والتراد ، كما لا يوجب ذلك في البيع •

١٨٩٣ - والقياص أن السلم عقد على صفة ثبتت في الذمة ، فهو اختلاف في نفس المعقود عليه كما لو اختلفوا في العين المبيعة ، والذرعان في المبيع صفة فيه وليس بمعقود عليه لانه لا ينقص بنقصانه ولا يزيد بزيادته عندنا •

فصل

اختلفا في السلم وفي رأس المال

١٨٩٤- واذا اختلفا في السلم وفي رأس المال ولم يقبضه ولم يتفرقا فقال المسلم اليه : اسلمت الى هذه الجارية في مائة مختوم خنطة ، وقال رب السلم : بل اسلمت اليك هذا العبد في مائتي مختوم خنطة تحالفا وترادا لانه اختلاف في المعقود عليه •

١٨٩٥ - وان اقاما بينة لزمته الجارية بمائة مختوم خنطة ، ولزمه العبد بمائتي مختوم خنطة لان كل واحد منهما قد اثبت عقدا غير العقد الذي اثبته الآخر ولم يعارض فيه الآخر لان عقد الجارية بمائة ، وعقد العبد بمائتين •

فصل

إنكار قبض رأس المال

١٨٩٦ - واذا قال الرجل : اسلمت الى عشرة دراهم في كثر خنطة ، ثم

قال بعدما سكت : ولكن لم أقبض رأس المال ، أو قال رب أسلم : قد قبضت ،
فالقول قول رب السلم •

١٨٩٧- وكذلك لو قال :

أسلمت لي ثوبا في كر حنطة فهو مثل ذلك ، وهذا استحسان ، وكان
القياس أن لا يكون قابضا من يقول قبضت الثوب والدرهم ، لان قوله : أسلمت
لي ليس هو اقرارا بالقبض وانما هو اخبار عن العقد ، وان كان اقراره يحتمل
أنه بالعقد والقبض فوجب أن لا يلزم الابقين ، والاستحسان انه قد جعل قوله
أسلمت لي في العادة بمنزلة قوله أسلفت الي ، وهي عبارة عن القبض فقوله
بعد ذلك : لم أقبض رأس المال رجوع فلا يصدق فيه •

١٨٩٨- وعلى هذا قال أصحابنا :

إذا قال لفلان علي ألف درهم ثمن جارية باعنيها ، ثم قال : لم أقبضها ،
وقال الآخر : قد قبضت كان المال عليه لانه لا يلزمه المال الا بالقبض فاقراره بالمال
اقرار بالقبض وصل أو قطع في قول ابي حنيفة •

١٨٩٩- وعند ابي يوسف يقبل أن وصل ولا يقبل ان قطع •

وقال الشافعي : يقبل وصل أو قطع ولا يشبه هذا عندما اذا أشار الى عبد
بعينه لان الثمن يجوز أن يكون ثابتا في المعين •

فصل

١٩٠٠- واذا اختلفا فقال رب السلم :

أسلمت اليك هذا الثوب في كر حنطة وقال المسلم اليه :

بل أسلمت الي هذين التوبين في كر حنطة تحالفا وترادا لانه اختلاف
في المعقود عليه وان أقاما بينة فالبينة بينة المسلم اليه بالقولين جميعا لان البينة على
شيء حصل الاقرار معه لا تقبل ، وانما تقبل على شيء حصل الانكار (معه) وهو
الثوب الزائد •

فان قال المسلم اليه : اسلمت الي ثوبين في كرا خنطة ، وقال رب السلم : بل اسلمت اليك أحدهما وهو هذا بعينه في كرا خنطة وكرا شعير « واقاما البينة قضى للمسلم اليه الثوبين جميعا وقضى عليه بكر خنطة وكرا شعير »^(١) لان هذا ادعى زيادة المسلم فيه

فصل

اختلافهما في قبض رأس المال في المجلس

١٩٠١- وان اختلفا في قبض رأس المال في المجلس فقال أحدهما :
تفرقا من غير قبض وهو رب السلم ، واقاما بينة بذلك فالبينة بينة المسلم اليه لان بينة رب السلم بينة على النفي ، وذلك لا يقبل ، وبينة الآخر تثبت صحة السلم .

١٩٠٢- ولو كانت الدراهم في يد رب السلم بأعيانها فقال المسلم اليه أودعنيها أو غصبها بعد قبضي لها ، وقد قامت البينة بالقبض كان القول قوليه ويقضى له بالدراهم ان أقام البينة على القبض وان تلك الدراهم له .

فصل

اختلاف ورثة البائع والمشتري في الثمن

١٩٠٣- واذا كان البائع قد مات واختلف في الثمن ورثة البائع والمشتري فالقول قول ورثة البائع ان كان المبيع في أيديهم .

والقول قول المشتري ان كان المبيع في يده ، وكذلك لو مات المشتري وبقي البائع كان القول قول الذي في يده منهم ، وهذا استحسان والقياس في هذا

(١) ما بين قوسين من نسخة قليج .

والاول سواء أن يكون القول قول المشتري في ذلك كله ، فتركوا ذلك للآثر ، وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف •

١٩٠٤- وقال محمد والشافعي يتحالفان ويترادان وحياتهما وموتهما سواء اذا لم يعتبر ا قيام السلعة فأبو حنيفة حصر الحلف بحياتهما وقيام السلعة للمخبر ، فما عدا موضع الخبر فهو متروك على ما يوجب القياس ، وان تخالف^(١) بين الورثة بعضهم في بعض ، فاذا كان في يد ورثة البائع لم تزل يدهم الا بالقبض ، وان كان في يد ورقة المشتري فقد اقر البائع بزوال ملكه ، وهو يدعي عليه الثمن وليس من حيث قلم الورثة مقام الميت في الرد بالعيب يجب أن يقوموا ههنا مقامه ، لان في العيب قد بقي عند البائع حصة من الثمن للمشتري فيصح لهم المطالبة بذلك •

فصل

ازدياد السلعة خيراً

١٩٠٥- وان كانت السلعة في يد المشتري قد زادت خيراً ، وكانت جارية فولدت ، أو جنى عليها ، واخذ المشتري ارثها لم يكن بينهما تحالف على ماتقدم في القياس عند أبي حنيفة وأبي يوسف •

نقصان السلعة

١٩٠٦- وان كانت نقصت أو جنى عليها المشتري فالقول قول المشتري أيضاً الا أن يرضى البائع بأخذها ناقصة ، لانه اذا هلك بعض المبيع فليس المبيع قائماً بعينه ، واما اذا رضى فقد اخرج ماتقص من المبيع فصار في الحكم كأن البيع لم يقع الا على هذا القائم ، دون الهالك ، لان الاختلاف بين المتبايعين لا يقع فيه ، لانه خرج من جملة المبيع ، والاختلاف انما هو في تصحيح الثمن ، وصار هذا كما

(١) نسخة قليج تحالف والنسخة الاخرى غير منقوطة وسياق الكلام

ما أثبتناه •

لو كان المبيع عيدين فمات أحدهما ورضى البائع أن يأخذ الحي ولا يطالبه بثمان الميث .

فصل

اختلفا وقد خرجت السلعة من ملك المشتري

١٩٠٧- وإذا اختلفا وقد خرجت السلعة من ملك المشتري فالقول قول المشتري في قول أبي حنيفة وأبي يوسف ، لأن القياس يوجب المنع من موجب خبر التحالف ، والخبر مشروط بقيام السلعة ، والأمر ههنا بخلافه .

فصل

رجوع السلعة إلى المشتري بغير الوجه الذي

خرجت به من يديه

١٩٠٨- وكذلك إن رجعت إليه بوجه غير الوجه الذي خرجت به من يديه فالقول قول المشتري لأن الملك محدد فلا يجوز أن يفسخ الملك لأجل الاختلاف في العقد الأول .

١٩٠٩- وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف .

١٩١٠- وقال محمد : يتحالفان ويتراذان ، لأن الذي أوجب التحالف مع بقاء السلعة على حالها هو أنه لا يجوز أن يستحق كل واحد منهما على صاحبه ملكه بقوله .

١٩١١- وأما إذا خرج عن ملكه لم يصح فيه التراد لفوات المبيع ، وفوات المبيع يستقط التحالف .

فصل

باعها البائع من رجلين

١٩١٢- فإن كان البائع باعها من رجلين فباع أحدهما نصفه من شريكه

ثم اختلفا في الثمن فالقول قول المشتري الذي باع نصفه ويتحالفان على حصه الآخر .

١٩١٣- قال الكرخي رحمه الله : وهذا عندي اذا رضي البائع أن يأخذ هذا النصف لان في ذلك تفريق الصفقة عليه كاتنين اشترى عبدا ثم وجدا به عيا فليس لواحد منهما أن يرد على قول ابي حنيفة ، وقال يحتمل أن يكون مسألة الكتاب على قول ابي يوسف ومحمد أيضا لان البائع يقول : انا لم أرض بتفريق الصفقة علي ، ولا يشبه هذا العيب عندهما لانه كان موجودا في حالة العقد .

١٩١٤- واذا اشترى عدلا^(١) زطيا وأقر أنه زطي فلم يره وقبضه ثم جاء بعد ذلك برده وقال وجدته كرايس^(٢) لم يصدق لانه قد أقر بالاستيفاء لما اشترى فدعواه بعد الاقرار انه لم يستوف تكذيب لما اقر به فوجب أن لا يصدق .

١٩١٥- ولو كان قال : لا أدري ازطي هو أم لا لكن أخذته على قولك فانظر اليه ، ثم جاء به فردة وقال وجدته كرايس ، كان مصدقا لانه لم يتقدم منه اقرار بقبض ما اشراه ، ولانه اذا كان فيه خيار الرؤية فانه اذا نقض المبيع المشتري انتقض .

١٩١٦- فاذا قال المشتري هذا ثوبك وقد نقضت البيع فيه حصل في يده

(١) في لسان العرب عن سيبويه أن العدل بالكسر لا يكون الا للمتاع ، واجاز غير سيبويه أن يقال عندي عدل غلامك أي مثله وعدله بالفتح لا غير قيمته ، قال ابن الاثير (العدل) بالفتح ما عادله من جنسه وبالكسر ما ليس من جنسه وقيل بالعكس . . . والعدل نصف الحمل يكون على أحد جنبي البعير ، وقال الازهرى العدل اسم حمل معدول بحمل أي مسوى به ، والجمع اعدال وعدول عن سيبويه . وقال الفراء في قوله تعالى او عدل ذلك صياما قال : العدل ما عادل الشيء من غير جنسه ، ومعناه أي فداء ذلك والعدل المثل مثل الحمل .

(٢) في لسان العرب في مادة كريس : الكرياس والكرباسة ثوب ، فارسية وبياعه كرايسى التهذيب : الكرياس بكسر الكاف فارسي معرب . ينسب اليه بياعه فيقال كرايسى والكرباسة أخص منه والجمع الكرايسى . وفي حديث عمر (ر) وعليه قميص من كرايس ، هي جمع كرياس وهو القطن . . . والكرياس راوق الخمر .

نوب لغيره ، فالقول قوله ، واذا لم يكن فيه خيار وانكر البائع أن يكون هذا نوبه
فالقول قوله ولا يصدق المشتري .

فصل

١٩١٧- واذا اشترى ثوبا وقال البائع (هو) هروى وقال المشتري . لا ادري
وقد رآه ولكن أخذه على مايقول ثم جاء به يردده وقال وجدته يهوديا ، لم يصدق
لانه لم يكن فيه خيار وقد كان رآه ، ولا يشبه هذا اذا اشترى عبدا لم يره
أن له فيه خيار الرؤية ، الا ترى أنه لو قال اشتريت هذا الفرس وأشار اليه فإذا
هو برزون لم يكن له ردها .

١٩١٨- واذا نظر الى عدل مطوى ولم ينشره ثم اشتراه فليس له أن يردده
الا من عيب ، لان العادة أن يكون مطويا ، كذلك هذا .

فصل

اختلاف الصفات

١٩١٩- ولو اشترى جارية على أنها خراسانية فوجدتها سندية جاز له ردها
وهذا بمنزلة العيب فيها لان معانيها تختلف وتفاوتت تفاوتا كثيرا فصار باختلاف
الجنس ، وان كان بنو آدم كلهم جنسا واحدا ، الا ترى ان الاجسام كلها وان
كانت جنسا واحدا فانها اذا اختلفت الصفات التي هي عليها وتفاوتت المعاني المطلوبة
منها صارت في الحكم والتعارف كالاجناس المختلفة في الاصل ، وان كانت
الجسمية لها جامعة وكان كونها جوهرًا يقتضي فيها المماثلة .

فصل

اشتراط الخيار للأمر

١٩٢٠ - واذا اشترى لغيره شيئا واشتراط الخيار للأمر ، فقال البائع قد

رضي الأمر باسقاط الخيار ، وانكر الوكيل فالقول قوله ولا يمين عليه ، قالوا : ولو كانت اليمين عليه لم يكن له ان يردده حتى يحضر الأمر وله ان يردده بغير يمين ، وهو بمنزلة الاجنبي فيما يدعي البائع على الأمر ، والوكيل انما يكون خصما فيما بينهما من حقوق العقد ، والبائع بما يدعي يريد ابطال ما هو مستحق عليه من الفسخ فوجب أن لا يصدق .

١٩٢١- والوكيل فيما يدعي على الموكل كالوصي فيما يدعي على الميست وانورثة من الحقوق ، وان أقام البائع بينة ان الأمر قد رضي فالبيع لازم للأمر لانه اذا ثبت رضاء الأمر سقط الخيار الذي للوكيل لان خيار الموكل هو الخيار الذي ثبت له لان ذلك لا يثبت الا للعائد ، الا انه اذا ثبت فلا فصل عن أن يثبت لزيد أو لعمر ، فاذا ثبت لهما فأيهما اجازة جاز وان لم يقم البينة وصدقه المشتري فيه وقال الأمر في الثلاث بحضرة البائع قد ابطلت لزوم المشتري ، لان اقرار الوكيل برضا الآخر يمنعه من رده على البائع ولا يجوز اقراره على البائع ، وابطال الأمر البيع بحضرة البائع جائز ، فاذا كان كذلك لزوم البيع الوكيل الا ان يرى أن الوكيل لو رضي بالعيب لزمه ولا يلزم الأمر ، ويكون الأمر على خياره .

١٩٢٢ وان كانت هذه المقالة منهم بعد الثلاث لزوم الأمر لان مضي المدة يصحح البيع ، ويسقط الخيار ، ولا يمكن فسخه فجاز البيع بنفسه ، فبعد ذلك لا يصدق الأمر على دعوى النقض مع أن البيع قد لزمه .

فصل

١٩٢٣- واذا اشترى رجل ثوبين كل واحد منهما بعشرة دراهم على أنه بالخيار ثلاثة أيام فهلك احدهما عند المشتري فليس له أن يرد الباقي .

١٩٢٤- وكذلك ان اصابه عيب من عمله أو من غير عمله لان الخيار اذا ثبت منع من اتمامه .

١٩٢٥- وفوات بعض المبيع في ضمان المشتري يمنع من الفسخ فيه فيجب أن يكون مانعا من الفسخ فيما بقي ، لان ليس له أن يتم البيع في بعض ما وقع عليه العقد دون بعض فوجب ان يبطل خياره .

١٩٢٦ - وان كان الخيار في أن يأخذ احدهما دون الآخر فهلك احدهما أو دخله عيب لزمه ثمنه ورد الباقي (١) .
 ١٩٢٧ - وهذا استحسان في الاثنين والثلاثة ولا يجوز في الاربعة وفيما زاد ووجه القياس والاستحسان معلوم .

فصل

الالتزام التحيري (صار التمين)

١٩٢٨ - وإذا اشترى الرجل عشرين احدهما بالف درهم والآخر بخمسمائة على أن يأخذ احدهما ، ايها شاء ويرد الآخر فمات البائع مات الذي بالف ، قبل وقال المشتري مات الذي بخمسمائة ، قبل ، لم يصدق واحد منهما على ما قال ، ويحلف المشتري ما يعلم أنه مات الذي بالف قبل ، ويحلف البائع ما يعلم أن الذي بخمسمائة مات أولاً ، لان البائع يدعي أنه لزمه الثمن ألف درهم ، والمشتري ينكر ذلك فيحتاج ان يحلف عليه والمشتري يدعي أن الامانة حدثت في يد البائع فله أن يحلف البائع ، لانه لو امتنع البائع أن يحلف سقط عين المشتري الزيادة على ما أقر به من الثمن ، فله أن يحلف البائع عليه ، فان حلقا جميعا لزمه نصف ثمن كل واحد منهما لانه لم يثبت واحد منهما بعينه ، أنه المبيع فصار كأنهما ماتا معا ، وهذه اليمين لا على جهة التحالف ، وهذا قول أبي يوسف الاول ، وقال أبو يوسف بعد ذلك : القول قول المشتري الا أن يقيم الآخر البينة ، وهو قول محمد لانا لو حلقتاهما جميعا فنكلا أو حلقا لم تتوصل الى الحكم بأحد الميعين بل يبقى (٢) الامر بعد اليمين كما كان فوجب أن يسقط اليمين ، ويجعل القول قول المشتري لان الخيار في ذلك كان للبائع فوجب أن يكون القول قوله فيما حصل عليه من الثمن ، لان احدهما كان مضمونا ، والآخر أمانة فان لم يعلم المبيع من ذلك غرم نصف ثمن كل واحد منهما ، فان قامت لهما بينة لزم الالف .

(١) هذا شبيهه بالالتزام البديل (م ٣٠٢ من القانون المدني العراقي) .

(٢) في النسخة المعتمدة يسقط .

١٩٢٩- وكذلك لو حدث بهما عيب فاختلغا في الذي أصابه العيب اولاً ثم أقاما البينة لان البائع ادعى زيادة على ما اقر له به واثبت ذلك بالبينة ، بما هو خلاف الظاهر فوجب أن يحكم به ، ويلزم المشتري •

فصل

هل يقع الفسخ ظاهراً وباطناً؟

١٩٣٠- واذا فسخ الحاكم العقد عن المتداعين فهو فسخ للعقد في الظاهر والباطن عند ابي حنيفة ، وعن أبي يوسف انه يفسخ في الظاهر •

١٩٣١- ولاصحاب الشافعي ثلاثة أوجه :

• أحدهما كقول ابي حنيفة

• والثاني كقول أبي يوسف

• والثالث : ان كان البائع هو الظالم وقع الفسخ في الظاهر دون الباطن •

١٩٣٢- أبو حنيفة جعله كفرقة اللعان والرد بالعيب لانه لاجل الظلامة •

وابو يوسف قال السبب هو الجهل بالثمن ، وهو في الباطن معلوم مجهول

في الظاهر فوقع الفسخ في الظاهر •

والثالث لهم أن البائع يمكنه تصديق المشتري فيزول الظلم فان كان مظلوماً

وقع الفسخ في الظاهر والباطن •

فصل

اختلاف ورثة المتعاقدين في البيع

١٩٣٣- واذا اختلف ورثة المتعاقدين في المبيع لم يتحالفا والقول قول ورثة

المشتري •

١٩٣٤- وقال الشافعي يتحالفا لان الاصل عندنا ترك التحالف على مامضى

وهو يقول اختلغا في المال فهم كالتعاقدين •

١٩٣٥- وابو حنيفة يفرق بينهم كما فرق الجميع في اللعان •

فصل

اختلاف الوكيلين في الثمن

- ١٩٣٦- وإذا كان المبيع بين وكيلين فاختلغا في الثمن ففيه وجهان :
- أحدهما يتحالفان لأنهما عاقدان
 - والثاني لا تحالف لأن أحدهما إذا نكل لزمه في نفسه دون موكله

فصل

اختلافهما في عين المبيع

- ١٩٣٧- وإذا اختلفا في عين المبيع فقال البائع : بعك هذا العبد .
- وقال المشتري : اشتريت هذه الجارية فكل واحد يحلف على دعوى صاحبه على جهة التحالف .
- ١٩٣٨- ولأصحاب الشافعي في ذلك وجهان .
- أحدهما يثبت التحالف كالخلاف في المبيع الواحد
 - والثاني مثل قولنا :
- ١٩٣٩- وإنما قلنا ذلك لأن ههنا خلافا في مبيعين لا واحد ، وكل واحد ينكر دعوى الآخر .
- ١٩٤٠- وإن أقام بينة قضي لكل واحد بما ادعاه على صاحبه .
- ١٩٤١- وقال أصحاب الشافعي :
- وإن أقام البائع بينة أنه باعه العبد وجب على المشتري الثمن ، فإن كان في يده أقر في يده ، وإن كان في يد البائع ففيه وجهان :
- أحدهما يجبر المشتري على قبضه لأن البينة قد شهدت له بالملك وهذا قولنا .
 - والثاني لا يجبر لأن البينة شهدت له بما لا يدعيه فلم يسلم اليه ، فعلى هذا يسلم الى الحاكم ليحفظه .

فصل

١٩٤٢- وإذا اختلفا في الاجل أو قدره ، أو الرهن أو قدره ، أو الكفيل فلا تحالف بينهما ، ويكون القول قول من ينفي الاجل وقوله في القدر ، وكذلك الرهن وقدره لانه لا اختلاف في عين المعقود عليه البيع .
١٩٤٣- وقال الشافعي يتحالفان وقد مضت أيضا .

فصل

اختلاف في شرط مفسد

١٩٤٤- وان اختلفا في شرط يفسد البيع لم يتحالفا ، ويكون القول قول من يدعي الصحة .
١٩٤٥ - ولأصحاب الشافعي في ذلك وجهان في التحالف بناء على القولين في شرط الخيار في الكفالة :
أحدهما مثل قولنا .
والثاني أن القول قول من يدعي الفساد لان الاصل قال عدم العقد فكان القول قول من يدعي ذلك ، وهذا لا يصح لانهما قد اعترفا بالعقد والاصل عدم الفساد .

فصل

اختلافهما في الصرف بعد التفرق

١٩٤٦ - وأن اختلفا في الصرف بعد التفرق فقال احدهما تفرقا من غير قبض .
وقال الآخر تفرقا بعد القبض فمنهم من قال القول قول من يدعي التفرق قبل القبض ، لان الاصل عدم القبض ، والثاني القول قول من يدعي التفرق بعد القبض لان الاصل صحة العقد وينبغي أن يحكم القبض ، فان كان في يد

كل واحد منهما ماعقد عليه فالقول قول من يدعي القبض في المجلس لانه الظاهر •
وان كان لم يقبض فالاصل عدمه وهو مستدام لم يوجد •

فصل

اختلافهما بعد التفرق في التراضي والفسخ

١٩٤٧- وان اختلفا بعد التفرق فقال أحدهما : تفرقنا عن تراض ، وقال
الآخر : تفرقنا عن فسخ فالقول قول من يدعي التراضي لان الاصل عدم الفسخ
وبقاء العقد •

١٩٤٨- ومن أصحاب الشافعي من قال :
القول قول من يدعي الفسخ لان الاصل عدم اللزوم ومنع المشتري من
التصرف وهذا بناء على أصلهم في خيار المجلس انه ثبت لكل واحد حتى يتفرقا
أو يتخaira وقد مضت •

باب الاختلاف في الرد بالعيب

١٩٤٩- قول أصحابنا :
واذا ادعى عيبا ظاهرا على البائع سأله القاضي عن ذلك فان أقر أنه باعه
وبه العيب ولم يدع البراءة منه ولا الرضا به رده عليه •

فصل

هل يحلف المشتري في الرد بالعيب

١٩٥٠- فان قال : قد علم بالعيب حين اشتراه أو على أني برىء من العيب
أو من كل عيب أو قد علم بعد الشراء ورضي به فجحذ ذلك كله فانه يحلفه :
مأعلم بهذا العيب حين اشتراه ولا برأته منه ، ولا رضيت به منذ رأيت ولا عرضته
على بيع بعد علمك به ولا خرج عن ملك ولا شيء منه •

- ١٩٥١- وقال أبو حنيفة ومحمد : لا يحلف القاضي حتى يطلب المدعى لذلك وهو البائع يمينه وان لم يطلب لم يحلفه •
- ١٩٥٢- وقال أبو يوسف : يستحلفه وان لم يطلب •
- وكذلك الخلاف في الشفيع •

فصل

- ١٩٥٣- واذا كان العيب غير ظاهر في عيد أو أمة ، أو لا يعرف القاضي أنه عيب « فان القاضي لا يسأل البائع عنه حتى يثبت أنه عيب في الحال » (١) •
- لان الخلاف فيه فرع على وجوده في الحال فما لم يكن موجودا لا يصح دعواه له •

فصل

- ١٩٥٤- فان قال : البائع يعلم ان العيب به في هذه الحال ، سأل عنه فان أقر به وبوجوده سأل : هل بعته وبه العيب ؟
- فان قال : انما حدث عند المشتري فالقول قوله مع يمينه : لقد بعته بهذا العبد وسلمته اليه ، وما به هذا العيب ، فلذا حلف طلب من المشتري البينة انه كان في يد البائع هذا في العيب الذي يحدث مثله في يد المشتري ، وان كان لا يحدث مثله فالقول قول المشتري على ما تقدم •

فصل

- ١٩٥٥- وان كان العيب من طريق الحكم مثل الابق والسرقه والجنون والبول في الفراش ، فانه يسأل البائع فان أنكر وجوده بالعبد في الحال وطلب المشتري يمينه على ذلك ، فان ابا يوسف ومحمد فالا : يحلف البائع بالله ما يعلم بهذا العبد جن عند المشتري ولا ابق ولا سرق ولا بال في الفراش •

(١) ما بين قوسين من نسخة قليج •

١٩٥٦- فلو حلف قيل للمشتري :

تثبت ان هذا العبد في هذه الحالة حتى استحلفه لك البتة .
فإن نكل عن اليمين الأولى التي هي على العلم ، حلفه يميناً أخرى على البتة
لقد باعه وقبضه وما جن قيل ذلك قط ولا سرق ولا بال في فراشه منذ بلغ
مبلغ الرجال ولا أبق ، فإن حلف فلا شيء عليه حتى يثبت ذلك باليمين .
وان نكل رده عليه .

فصل

١٩٥٧ - والجنون عيب لازم في الصغير والكبير ، والسرقه والاباق والبول
ليس بعيب في الصغير ، وله أن يرد بذلك في الصغير ولا يرد به بعد الكبر ، لأن
ذلك قد زال وخرج عن عادة الصبيان .

فصل

البيع بالبراءة

١٩٥٨- والبيع بالبراءة من العيوب جائز ، ويدخل في ذلك سائر العيوب ،
ما علمه البائع وما لم يعلمه ، وما وقف عليه المشتري وما لم يقف عليه ، وسائر
الاموال في ذلك سواء .

١٩٥٩- وقال الشافعي البيع باطل في أحد اقواله ، وقد فرق بين الحيوان
وغير الحيوان وبين العيب الظاهر به والباطن ، وله تفصيل كثير في ذلك .
١٩٦٠- والبيع عندنا يقع على الموجود دون مافات من أوصاف المبيع ، فكأنه
قال : بعت هذا الموجود الحاضر خاصة دون ما يقتضي اسم العبد واطلاقه من
سلامة البينة .

فصل

١٩٦١- واذا شهد شاهدان على البراءة من كل عيب في جارية ، فوجد

بها عيباً كان له أن يردّها به ، وكذلك لو شهدا على البراءة من الأباقي ثم اشترىا
أحدهما فوجدها آبقه فله أن يردّها لان الشهاد بالبراءة ليست بأقرار بالعيب من
الشاهد ولا من البائع ولا من المشتري •

فصل

١٩٦٢ - وأن اشترى جارية ولم يبرأ اليه من عيوبها فوطئها المشتري ثم
وجد بها عيباً لم يكن له أن يردّها عندنا ، سواء كانت بكرًا أو ثيبًا •

١٩٦٣ - وقال زفر ومالك يردّها في الحالين •

١٩٦٤ - وقال الشافعي : يردّها اذا كانت ثيبًا ولا يرد في البكر •

١٩٦٥ - وقال ابن أبي ليلى يردّها ويرد معها مهرها •

١٩٦٦ - وعندنا يرجع بأرشي العيب كما لو هلكت عند المشتري ، والوطء
عيب فيها فهو كما لو حدث بها عيب عند المشتري فإنه يمنع الرد بالعيب ، لانه
يؤدى الى تفريق الصفقة على البائع ، ويؤدى الى ردها اليه على خلاف ماخرجت
من ملكه ، وهذا لايجوز ، ولو حدث بها عيب فلم يختلفوا في أنه يمنع الرد
بالعيب الا على قول بعضهم ان الخيار للمشتري ان شاء أخذ أرشي العيب وامسك
وان شاء رد أرشي العيب ورد ، وهو قول الحنابلة ، وقياس قول ابن أبي ليلى
في الوطء •

فصل

١٩٦٧ - وكل موضع كان له الرد فأمسكها ولم يرد ، سقط حقه من
الرجوع ، وكذلك اذا رضي البائع فأخذها معيبة فامتنع من الرد فلا أرشي له
عليه ، وقد ابطال حقه بأمتناعه من الرد •

فصل

١٩٦٨- وإذا باعها بعد الوطء فقد سقط حقه من الارش لانه كان للبائع أن يقبلها ويسقط حكم الوطء. وهذا لا خلاف فيه^(١)

فصل

١٩٦٩- وان وطئها غير المشتري بزنا أو نكاح أو زوجها المشتري ولم يطأها الزوج ، ثم وجد بها عيا لم يكن له أن يردها ، ولكنه يرجع بنقصان العيب لان هذه الامور عيب بها حدث ، ولهذا من اشترى أمة فخرج لها زوج ثبت له الخيار لانه عيب .

فصل

١٩٧٠- ولو كان لها زوج عند البائع فوطئها عند البائع أو عند المشتري ، كان له أن يردها بالعيب ، لانه وطأ الزوج لم يوجب عقرا ، لانه كان واجبا بالعقد ، ولانه مستحق على البائع قبل البيع وعلى المشتري قبل الشراء فلا يمنع الرجوع كالاستخدام ، وان كانت بكرا فوطئها الزوج منع الرد لانه فوت جزءا منها فصار كقطع طرفها ، وقد وافقنا الشافعي على ذلك .

فصل

١٩٧١- ولو صبغ الثوب أو خاطه قميصا سقط حقه من الرجوع ، ولنه أرش العيب ، فان باعه بعد الصبغ والخياطة فله أرش العيب لانه لم يكن للبائع أن يقول أنا قبل ذلك ، لان الصبغ للمشتري زيادة مال فلا يجوز تسليمها للبائع^(٢)

(١) في نسخة قتيب : لا كلام فيه .

(٢) مبدأ الكسب دون سبب .

فصل

١٩٧٢- وإذا ولدت الجارية عند رجل ولدا أو وطئها وباعها وكنم ذلك ،
ثم علم المشتري بذلك فليس له الرد بذلك لانه لم يشترط له البكارة ، ولا أنها
ماولدت ، وذلك تصرف مباح فهو كالاستخدام •

فصل

ظهور عيب بالجارية بعد إعتاقها أو تدبيرها

١٩٧٣- قالوا ولو أعتق الجارية أو دبرها أو استولدها ثم وجد بها عيبا

فله الرجوع بالارش استحسانا ، والقياس أن لا يرجع بشيء لانه منع الجارية من
الرد بفعل مضمون فصار كما لو باع (والاستحسان)^(١) ان العتاق لا يتعلق به
الضمان في جميع الاحوال اذا كان احد اثريكين معسرا فهو كملوت الذي
لا يسقط الضمان •

فصل

تعذر الرد بفعل مضمون

١٩٧٤- وان كان المبيع عبدا فقتله المشتري أو طعاما فأكله أو اكل بعضه
أو باعه أو وهبه ثم أطلع على عيب فإنه لا يرجع بأرش ولا يرد مابقى عند ابني
حنيفة ومحمد •

١٩٧٥- وروى عن أبي يوسف أنه يرجع في العتق ويرد مابقى وهو
قول الشافعي •

١٩٧٦- وقد روى عن أبي حنيفة مثل ذلك والاول عنه اشهر لانه تعذر
الرد بفعل مضمون في ملك العين في جميع الاحوال فهو كالبيع ، وابو يوسف
جعل ذلك كالعتق والموت في الرجوع بالارش •

(١) ما بين قوسين من نسخة قليج •

فصل

١٩٧٧- وإذا باع المشتري العبد فاطلع المشتري الثاني على عيب به فردده عليه لم يكن له ان يردده على البائع الاول اذا كان الرد بغير قضاء قاض ، وان كان بقضاء قاض رجع به ، لأنه اذا كان القضاء كان فسخا للملك فعاد الملك الاول وان كان بغير قضاء فهو تملك مبتدأ وليس له ان يرد بغير الملك الاول .

١٩٧٨- وقال الشافعي : الجميع سواء ويرد على البائع الاول اذا كان لم يعلم بذلك ، واذا علم لم يكن له الرد .

وهو يقول ان فسخ العقد بالعيب قطع للملك في الحال ، ولهذا يرد مع الوطى .

فصل

١٩٨٩- وكل ما كان نقصانا في الخلقة أو زيادة فيها فهو عيب ، ويحد ذلك بأن كل ما كان عند التجار عيبا يؤثر نقصان القيمة فهو عيب ، ولا فرق بين ماهو زيادة او نقصان أو من طريق الحكم كالزنا والسرقة والفسق .

١٩٨٠- وقد فرق أصحابنا بين الغلام والجارية فقلوا : الزنا عيب في الجارية دون الغلام وكذلك البخر^(١) والتتن .

١٩٨١- وسوى في ذلك الشافعي ، وقال : الجميع عيب .

١٩٨٢- وقد ذكر أصحابنا عيوباً كثيرة في باب مفرد في الاصول ، وكل ذلك المرجع فيه الى العادة وما يقول التجار .

فصل

١٩٨٣- واذا ادعى انه باعه الجارية وشرط له البكارة ، وهي الان غير بكر .

فقال : بعث بكراً وسلمت بكراً .

فان القاضي يريها للنساء فان قلن بكرا فلا شيء للمشتري وان قلن ثيباً

(١) البَخْرُ الرائحة المتغيرة من الفم ، قال أبو حنيفة : البَخْرُ النتن يكون في الفم وغيره ، بَخْرٌ بَخْرًا وهو ابخر وهي بخراء (لسان العرب) .

حلف البائع : لقد بعثها وسلمتها له وهي بكر ، فإن حلف فلا شيء عليه لأن زوال البكارة يجوز ان يحدث في يد المشتري وان نكل عن اليمين ردت اليه •

١٩٨٤ - فإن قال ان بها حملا أراها النساء ، فلن قلن : ليس بها حمل فلا سبيل للمشتري على البائع ، وان قلن انها حامل حلف البائع لقد باعها وسلمها وما بها هذا الحمل •

١٩٨٥ - وقد ذكر الخصاص ان بعض اصحابنا قل : لا أحلف على ذلك لأن هذا لا يعلم ، وشهادة النساء في هذا شهادة على عيب •

١٩٨٦ - وقال أصحابنا ان الشهادة في هذا شهادة على مثل شهادة الطب بالداء الباطن ، مثل وجع الطحال والكبد والامراض النية ليست بظاهرة •

فصل

١٩٨٧ - واذا كانت الدعوى بعد موت الجارية والعبد ، فعلى المشتري ان يثبت ذلك فان كان عند البائع لم يستحلف البائع على علمه ، فان شهدوا ان العيب كان عند المشتري فقال المشتري كان به ذلك عند البائع استحلف له البائع وان قال البائع يعلم انه كان به عنده حلف على علمه فان نكل الزمه يمين أخرى على البت ، فان نكل رد على المشتري حصة العيب من الثمن •

فصل

العيب في موضع لا ينظر إليه إلا النساء

١٩٨٨ - وان كان العيب في موضع لا ينظر اليه الا النساء مثل الرتق^(١)

(١) الرتق ضد الفتق ، ابن سيده : الرتق إلحام الفتق ، رتقه يرتقه ويرتقه رتقا فارتق أى التأم ، يقال : رتقنا فتقهم حتى ارتق المرتوق ، وفي التنزيل : « أولم ير الذين كفروا أن السموات والارض كانتا رتقا ففتقناهما » • والرتق بالتحريك مصدر قولك رتقت المرأة رتقا ، وهي رتقاء ، بينة الرتق التصق ختانها فلم تنل لارتقاق ذلك الموضع منها فهي لا يستطيع جماعها (لسان العرب) • وفي تحفة السمولى (١-٣١٨) أن الرتق انسداد مسلك الذكر والتحامه ، بحيث لا يمكن معه الوطء الا انه أن انسد بلحم امكن علاجه وبعض فلا •

والعقل^(١) وغيره مما في البدن فشهد النساء به ، فإن البائع يحلف :

« لقد باعها وسلمها وما بها هذا العيب » .

١٩٨٩ - ولا ترد عليه شهادة النساء إذا كان قد قبضها ، وهذا قول أبي

يوسف ، وإن كان قبل القبض ردها بشهادة النساء .

١٩٩٠ - وقال محمد هذا والاول سواء ، ولا اردھا بشهادة النساء وأحلف

البائع .

١٩٩١ - وقال بعض أصحابنا اردھا بشهادة النساء لأن الرد من طريق

الحكم ، فهو كشهادة القابلة ، ويثبت الميراث من طريق الحكم .

١٩٩٢ - وكل موضع وجب الرد على البائع استجنف المشتري على ما قدمناه .

فصل

مصرأة نقص لبنها

١٩٩٣ - وإذا اشترى مصرأة فحلبها فنقص اللبن لـم يكن له أن يردھا

على البائع .

وقال أبو يوسف في رواية الخيار اليه ان شاء ردها وإن شاء أمسكها .

١٩٩٤ - وكذلك ان وجد بها عيبا لم يردھا .

١٩٩٥ - والنماء الحادث يمنع الرد ، وسواء كان منفصلا أو كان متصلا

إذا كان باقيا في يده .

١٩٩٦ - وقال الشافعي : ترد ولا يمنع النماء الرد ، وقال الشافعي ان اختار

رد المصرة رد بدل اللبن الذي اخذه^(٢) .

(١) في القاموس المحيط العقل لحم يبرز في قبل المرأة يشبه ادرّة^(١)

الرجل ، ولا يسلم غالبا من الرشح .

وفي لسان العرب العقله بضارة المرأة ، وحكى الازهرى عن ابن الاعرابي

قال : العقل نبات لحم ينبت في قبل المرأة وهو القرن .

قال أبو عمرو القرن بالناقة مثل العقل بالمرأة . قال الليث عقلت المرأة

عقلا فهي عقلاء . . . ومنه حديث ابن عباس :

« أربع لا يجزن في البيع ولا النكاح : المجنونة والمجنومة والبرصاء والعقلاء ،

قال : والتعفيل اصلاح ذلك .

(٢) من تطبيقات الكسب دون سبب .

١٩٩٧- واختلف اصحابه في الذي يرد فقل ابن شريح : يرد في كل بلد من غالب قوته وحمل حديث ابي هريرة على من قوت بآده التمر ، وحديث ابن عمر على من قوت بآده القمح • كما قال في الفطرة ، وقال أبو اسحق : الواجب التمر ، وهو قول ابي يوسف في الرواية التي ترد ، واختلفوا اذا كان الصاع أكثر من قيمة الشاة أو مثل قيمتها ، فمنهم من قال تجب قيمة صاع بالحجاز لأننا لو أوجبنا صاعا قيمته مثل الشاة لصار للبائع الشاة وبديها فوجب قيمة الصاع بالحجاز^(١) •

١٩٩٨ - وقال بعض أصحابه : يلزمه صاع وان كانت قيمته أكثر من قيمة الشاة لانه ليس ببدل عن الشاة وانما هو بدل عن اللبن كما لو غصب عبدا فخصاه فانه يردده مع قيمته ، وعندنا لا يرد العبد وقيمه بل الخيار الى المالك في الغصب •

١٩٩٩ - وقد قالوا ان النماء الحادث في يد المشتري يكون للمشتري ولا يردده مع الاصل ، وههنا قالوا يرد قيمته ، وهذا تناقض من القول ، وقد قالوا لو كان اللبن باقيا فاراد رده فقال أبو اسحق لا يجبر البائع على أخذه لان بالحلب ينقص لأنه يسرع اليه الفساد فان رضى جاز ، ومن اصحابه من قال يخير •
٢٠٠٠ - لأن نقصاته حصل بمعنى يستعلم به العيب فلم يمنع الرد •

فصل

الجارية المصرية

٢٠٠١ - وان اشترى جارية مصرية ففيه أربعة أوجه :
أحدها انه يرددها ويرد معها صاعا لأنه يقصد لبنها فثبت بالتدليس فيه الخيار ،
والثاني انه يرددها ولا يرد بدل اللبن لأنه لا يقصد بالعوض •
والثالث لا يرددها لان المقصود عنها دون لبنها •
والرابع لا يرددها ويرجع بالأرض •
٢٠٠٢ - وقالوا : ان اشترى اثنا مصرية فانه يرددها ويرد بدل لبنها اذا قالوا

(١) مبدأ الكسب دون سبب •

ان اللبن طاهر كالشاة ، وان قالوا انه نجس فيه وجهان احدهما انه يردده ولا يرد بدل اللبن لأنه لا قيمة له ، والثاني يمسكها ويأخذ بالأرث .

فصل

اشترى شاة بشرط أن تحلب

٢٠٠٣ - وان ابتاع شاة بشرط ان تحلب كل يوم خمسة أرطال فلهم وجهان في فساد البيع وصحته ، وعندنا البيع فاسد ، وحكمه حكم البياعات الفاسدة .

فصل

إيجاب المبيع لائنين

٢٠٠٤ - واذا أوجب المبيع لائنين ووجدا به عينا ، أو كان ميبعا لم يرياه فليس لاحدهما ان ينفرد بالرد دون صاحبه عند ابي حنيفة .
٢٠٠٥ - وقال ابو يوسف ومحمد له ذلك .
وهو قول الشافعي ، لان في رد احدهما تفريقا للمصفقة على البائع ، وذلك عن^(١) .

٢٠٠٦ - وهما قالا هو الذي رضى بذلك حيث اوجب البيع لائنين .
وابو حنيفة يقول : رضى بذلك ان يكون في ملك الغير لا ملكه .

فصل

الصلح على أرش العيب

٢٠٠٧ - ويجوز الصلح على أرش العيب مع امكان الرد عندنا .
٢٠٠٨ - وقال الشافعي لا يجوز لأنه يأخذ بدل الفائت من المبيع كما لو تمذر الرد .

(١) في نسخة قليج عيب والكلمة في النسخة الأخرى غير منقوطة والظاهر ان الصواب ما اخترناه لان العنت هو دخول المشقة على الانسان ولقاء الشدة ، يقال اعنت فلانا اذا ادخل عليه عنتا أى مشقة (لسان العرب) .

فصل

اشترى عبداً بشرط أنه كافر أو كاتب

- ٢٠٠٩ - وإذا اشترى عبداً بشرط أنه كافر فكان مسلماً فلا خيار في الرد .
- وقال الشافعي له الخيار كما لو شرط كاتباً فكان لا يكتب .
- وعندنا الاسلام زيادة في العبد ، وليس بنقص فلم يثبت الخيار .

فصل

الزنا والبخر

- ٢٠١٠ - والزنا والبخر ليس بعيب في الغلام وهو عيب في الجارية .
- وقال الشافعي هو عيب فيهما الا ان يكون من داء يرد به في الجميع .

فصل

- ٢٠١١ - وإذا اشترى عبدین فقبضهما فوجد باحدهما عيباً كان له رده على البائع وان كان قبل القبض فهو بالخيار ان شاء اخذهما وان شاء ردهما ، وليس له رد الميب منهما .
- ٢٠١٢ - وقال زفر يرد في الفصلين ، وهو أحد قولي الشافعي .

فصل

امتناع الرجوع بالأرث

- ٢٠١٣ - وإذا قتل المشتري العبد المشتري أو أكل الطعام ثم اطلع على عيب فليس له الرجوع بأرث .
- ٢٠١٤ - وقال الشافعي له الرجوع بالأرث .
- ٢٠١٥ - وفرق أبو يوسف ومحمد بين الأكل والقتل فقالا :
يرجع في الأكل ولا يرجع في القتل ، وقد ذكرنا وجه ذلك فيما تقدم .

فصل الرجوع بأرث العيب

- ٢٠١٦ - وإذا اشترى الرجل ما مأكوله في جوفه كالبيض والربان والبطيخ فوجده فاسدا فإنه لا يردده ، ولكن يرجع بأرث العيب .
- ٢٠١٧ - وقال الشافعي : له رده ، وهذا خطأ لأنه أدخل عليه بالكسر عينا آخر لم يكن في يد البائع فصار كما لو جنى على العبد وأزاد أن يردده .
- ٢٠١٨ - وقد حكى عن بعض الفقهاء أنه يردده ويرد أرث ما نقص بالكسر ، وهو قول الحنابلة في ذلك ، والرد إنما يكون على ما وقع عليه العقد والأرث المردود لم يكن عند العقد فلا يقع عليه الفسخ .

فصل بيع العبد الجاني

- ٢٠١٩ - وبيع العبد الجاني جائز ، ولا فرق بين الخطأ والعمد في ذلك .
- ٢٠٢٠ - وقال بعض أصحاب الشافعي في ذلك قولين أحدهما أنه باطل .
والثاني مثل قولنا .
- وختلف في موضع القولين فمنهم من قال في العمد ومنهم من قال في الخطأ ومنهم من سوى بين الجميع .
- ٢٠٢١ - وكذلك الخلاف في العبد المرتد .
- ٢٠٢٢ - وإذا قتل في يد المشتري بقصاص أو ردة كانت في يد البائع رجع المشتري بجمع الثمن على البائع ، وكذلك القطع في السرقة .
- ٢٠٢٣ - وقال أبو يوسف ومحمد يرجع بما بين قيمته مباح الدم وغير سارق ، وذكر الشافعي القولين جميعا .

فصل

- ٢٠٢٤ - وأختلف في العبد هل يملك الاموال^(١) إذا ملك ؟ فقال أصحابنا لا يملك لأنه مملوك والمملوك لا يملك .

(١) عبارة : هل يملك الاموال لم ترد في نسخة قليج .

٢٠٢٥ - وقال مالك ودادود يملك بالتملك وهو أحد قولي الشافعي لأنه يملك البضع كالحر والبضع إنما يستفاد بالعقد ، ولا يملك حقيقة ولهذا لا يملك نقله بالسبب الذي ملكه به إلى غيره بعوض ولا بغير عوض ، ولو ملك المال لملك أرض أطرافه لأنهما أقرب إليه •

فصل

حكم النماء الحادث

٢٠٢٦ - والنماء الحادث من الولد والثمرة قبل القبض يدخل في المبيع وينقسم الثمن عليه ، وإن هلك هلك بغير شيء •

٢٠٢٧ - وقال الشافعي يكون للمشتري بغير شيء ولا ينقسم الثمن وإن كان موجودا عند العقد ففيه قولان ، وهذا يؤدي إلى سلامة النماء للمشتري بغير عوض ، ويرد الأصل بالعيب ، وهذا لا نظير له في الأصل^(١) •

فصل

حق البائع في حبس المبيع لمشتريين دفع أحدهما نصيبه من الثمن

٢٠٢٨ - وإذا اشترى الرجلان سلعة فدفع أحدهما نصيبه من الثمن لم يكن له أن يأخذ نصيبه [من السلعة] حتى يستوفي البائع جميع الثمن عند أبي حنيفة ومحمد •

٢٢٠٩ - وقال أبو يوسف له ذلك إذا دفع نصيبه ، وإن دفع جميع الثمن له قبض جميع السلعة ولا يكون متطوعا عند أبي حنيفة •

٢٩٣٠ - وقال أبو يوسف ومحمد ليس له قبضه ، ويكون متطوعا فيما وزن وهو قول الشافعي •

فصل

قطع البائع يد العبد قبل القبض

٢٠٣١ - وإذا قطع البائع يد العبد المبيع قبل القبض فالمشتري بالخيار أن شاء فسخ البيع وإن شاء أخذه بنصف الثمن •

(١) فكرة الكسب دون سبب هي التي تكمن وراء الأصل في هذا

الاعتراض •

٢٠٣٢ - وقال الشافعي : ان اجاز البيع اخذه بكل الثمن لان البائع احتبس جزءا من المبيع ومنع من تسليمه فسقط من الثمن بقدره كما لو باعه ثوبين فالتف أحدهما .

٢٠٣٣ - ولو جنى عليه أجنبي فالمشتري بالخيار ان شاء أجاز البيع واتبع الجاني فأخذ أرش الجاية ، وان شاء فسخ وكان للبائع ان يتبعه بالجناية .

فصل

٢٠٣٤ - واذا ذهب بأفة من السماء فالمشتري بالخيار أن شاء أخذ بجميع الثمن وان شاء فسخ لأن الاوصاف داخلة في العقد ولها حكم الجملة وان لم تكن مضمونة ، وانما دخلت على وجه التبعية .

فصل

اشتراط أن يكون العبد أقطع

٢٠٣٥ - ولو اشترى عبدا على انه أقطع (١) فكان صحيحا كان له ولا خيار ولو حدث به عيب ثبت الخيار لما ذكرناه .

فصل

إذا قطع المشتري يد العبد

٢٠٣٦ - واذا قطع المشتري يد العبد صار قابضا لجميعه ، ودخل في ضمانه ، لأنه فعل فيه فعلا صار به مضمونا عليه ، ولا يختص فعله بما فعل لأنه دخل الجملة عيب بفعله فكان قابضا لجميعه .

فصل

٢٠٣٧ - وان تلف العبد من الجناية ولم يكن البائع منعه من التسليم او هلك

(١) الاقطع : المقطوع اليد والجمع قطع وقطعان مثل أسود وسودان ويد قطعاء مقطوعة (لسان العرب) .

بغير ذلك فالثمن لازم للمشتري لأنه قد قبضه وصار مضمونا عليه وان كان في يد الغير .

فصل

٢٠٣٨ - وان كان البائع قد منعه من التسليم فان مات من الجناية فالضمان على المشتري ويلزمه جميع الثمن لأن النصف يضمن بالجناية والنصف الاخر بالسراية فيلزمه الجميع .

٢٠٣٩ - وان كان هلك من غير الجناية لزم المشتري نصف الثمن لأن البائع بالمتع صار مسترجعا لما بقي من العبد فيلزم المشتري حصة ما اتلف وارشه فحسب .

فصل

٢٠٤٠ - واذا قطع البائع يده أولا ، ثم قطع المشتري رجله من خلاف فسرى منهما فالعبد لازم للمشتري بنصف الثمن ويرجع على البائع بنصف الثمن الذي أعطاه ، لأنه كان المشتري بالخيار لما جنى البائع لأنه فرق عليه الصفقة ، فاذا فعل بعد ذلك ما يقتضي ابطال خياره وانه يصير راضيا بما بقي من المبيع فلهذا لزمه ضمان نصف الثمن وسقط النصف عنه .

فصل

٢٠٤١ - ولو قطع المشتري يده أولا ثم قطع البائع رجله من خلاف ثم برى ، منهما كان المشتري بالخيار ان شاء أخذ العبد واعطاه ثلاثة ارباع الثمن ، وان شاء تركه وعليه نصف الثمن بقطع اليد لأنه لما جنى المشتري صار المبيع معيا كله فصار قابضا لجميع المبيع ، وكان حق البائع قالما في الجنس^(١) فاذا جنى صار مستردا لما بقي وخير المشتري لأن البائع فرق عليه الصفقة فيسا بقى ، فاذا اختار لزمه قيمة ما بقي دون ما اخذه البائع لأن ما يأخذه البائع ينقص البيع فيه .

(١) في نسخة قليج : «الحبس»

فصل

٢٠٤٢ - ولو كان المشتري نقد الثمن ولم يقبض العبد ثم قطع يده ثم قطع البائع رجله من خلاف فسرى فالعبد للمشتري ولا خيار له لأن البائع لم يكن له حق في الاسترداد ، ويكون على البائع قيمة ما أ تلف ، كما يكون على الاجنبي سواء ، لانه لم يبق له قيمة حق ولا حبس والذي يجب نصف قيمة العبد مقطوع يد لا نصف قيمة العبد كاملا كمن قطع يد عبد مقطوع اليد وجب عليه نصف القيمة في الحال والوقت .

٢٠٤٣ - وان كان البائع قطع يده اولا والمسألة بحالها ثم قطع المشتري رجله فالعبد لازم للمشتري بنصف الثمن ويرجع على البائع بنصف الثمن الذي اعطاه ، وقد مضى الوجه في ذلك .

فصل

٢٠٤٤ - وان قبض المشتري العبد بغير اذن البائع ولم يكن نقده الثمن فجاء البائع وقطع يده في يد المشتري ولم يأخذه حتى مات العبد من قطع اليد أو من غير ذلك ، فان كان مات من قطع اليد فقد بطل البيع ولا شيء على المشتري فيه لأن البائع قد استرجعه بالجناية عليه فكأنه مات في يده .

وان مات من غير ذلك فعلى المشتري نصف الثمن لأن البائع قد استرد نصف العبد بالجناية ، ولم تسر الجناية فيكون بها مستردا للباقي فلزمه ضمانه .

باب

من الخيار في المراجعة^(١) والتولية^(٢)

٢٠٤٥ - واذا خافه في بيع المراجعة ، وعلم بذلك المشتري فهو بالخيار :

- (١) في لسان العرب : اعطاء مالا مرابحة أى على الربح بينهما ، وبعث الشيء مرابحة ، ويقال بعته السلعة مرابحة على كل عشرة دراهم درهم ، وكذلك اشتريته مرابحة ، ولا بد من تسمية الربح (مادة ربيع) .
- (٢) في لسان العرب : تولى الشيء لزمه . والتولية في البيع أن تشتري سلعة بشئ معلوم ثم توليها رجلا آخر بذلك الثمن .

ان شاء فسخ البيع وان شاء اخذه بما قال عند ابي حنيفة ومحمد .
٢٠٤٦ - وقال أبو يوسف وابن أبي ليلى والشافعي يحط بالخيانة وحصلتها من
الربح لان العقد لا يخرج^(١) عن موضوعه بالخيانة .

٢٠٤٧ - واتفق الجميع على انه يحط في التولية لان التولية ان تكون بمثل
التمن الذي اشتراه من غير زيادة ، والمراوحة ان تكون بزيادة والحطيطة ان يحط
من الثمن الاول .

٢٠٤٨ - واذا تصرف المشتري في المبيع سقط حقه ولا شيء له عند ابي
حنيفة ومحمد ، وعند ابي يوسف يرجع بالخيانة وبحصلتها من الربح .

فصل

٢٠٤٩ - واذا حط البائع المشتري من الثمن شيئاً باعه مراوحة بما بقي من
التمن عند ابي حنيفة وابي يوسف ومحمد ، وقال الشافعي وزفر يبيعه بالتمن الذي
اشتراه من غير حطيطة .

فصل

٢٠٥٠ - واذا اشترى عبداً بألف الى شهر ثم باعه من البائع بأقل من ذلك
لم يجز عند أصحابنا استحساناً ، والقياس ان يجوز ، وهو قول الشافعي وتعرف
بمسألة زيد بن ارقم^(٢) .

(١) في نسخة قليج : (لا يخرج) .

(١) في أسد الغابة (٢-٢١٩) زيد بن أرقم بن زيد بن قيس الانصاري
الخزرجي روى عنه بن عباس وأنس بن مالك وأبو اسحق السبيعي وابن ليلى
ويزيد بن حيان ، شهد مع رسول الله (ص) سبع عشرة غزوة واستصغر يوم
احد ، وكان يتيماً في حجر عبدالله بن رواحة ، وسار معه الى مؤتة ٠٠٠ سكن
الكوفة وابتنى بها داراً في كندة وتوفي بالكوفة سنة ثمان وستين ، وقيل مات
بعد مقتل الحسين (ر) بقليل ، وشهد مع علي صفين ، وهو معدود من خاصة
أصحابه ، وروى حديثاً كثيراً عن النبي أخرجه الثلاثة ١٠ هـ .

ومسألة زيد بن ارقم هي كما رويت في كتاب الآثار لابن يوسف (رقم
٨٤٣ ص ١٨٦) ان امرأة سألت عائشة (ر) فقالت « ان زيد بن ارقم باعني
جارية بثمانمائة درهم نسيئة ، واشترأها بستماناة ، فقالت عائشة « ابلغني
زيد بن ارقم ان الله تعالى قد ابطال جهاده ان لم يتب .

فصل

- ٢٠٥١ - وإذا اشترى ثوبا بعشرة فباعه بخمسة عشر ثم اشتراه بعشرة وأراد يبعه مرابحة بباعه بخمسة • وإن باعه بعشرين ثم اشتراه بعشرة لم يبعه مرابحة حتى يبين ، وهذا قول أبي حنيفة •
- ٢٠٥٢ - وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي يبعه مرابحة على الثمن الباقي قليلا كان أو كثيرا •
- ٢٠٥٣ - وكان الكرخي رحمه الله يقول : لا اعرف لهذه المسألة وجهها ، وكان غيره يقول هذا من الورع قاله أبو حنيفة •
- ٢٠٥٤ - ومنهم من قال ان المرابحة تجمع فيها جميع العقود وتجعل كالعقد الواحد كأجرة القصار والمطرز وغير ذلك •

فصل

- ٢٠٥٥ - وإذا اشترى ممن لا تجوز له شهادته من ذوى الارحام لم يجز له ان يبعه حتى يبين ذلك عند أبي حنيفة •
- ٢٠٥٦ - وقال أبو يوسف ومحمد يجوز من غير بيان •
- ٢٠٥٧ - ولو اشترى من عبده أو مكاتبه لم يبعه حتى يبين في قولهم جميعا •

فصل

- ٢٠٥٨ - وإذا سلم ثوبين على صفة واحدة وقبضهما لم يجز له ان يبيع أحدهما مرابحة عند أبي حنيفة ويجوز عندهما ، وهو قول الشافعي •

فصل

- ٢٠٥٩ - وإذا ولدت الجارية أو اثمر الشجر أو نتاج الحيوان فلا بأس ببيع الأصل والزيادة معه مرابحة لأن هذه الزيادات جزء من الأصل ، وهي داخلة في البيع فصار كأنه اشتراها مع الأصل •

فصل

- ٢٠٦٠ - فإن كان قد استهلك الزيادة لم يبع الأصل مرابحة حتى يبين ما

أصاب الأصل من ذلك ، وكذلك الالبان والاصواف والسمون وكل ما يوجد من الحيوان حتى يبين ذلك للمشتري •

فصل

٢٠٦١ - وان هلكت هذه الزيادات من غير فعل مضمون او منتفع به فله ان يبيعه مرابحة ولا يبين وان كانت قد نقصت اصولها لان المrabحة بيع بما حصل الاصل عليه من الثمن •

فصل

٢٠٦٢ - واذا اشترى متاعا فله ان يحمل عليه اجرة القصار والكرى ، ويقول : قام على بكذا ولا يقول اشتريت بكذا •

فصل

اشترى طعاماً فأكل نصفه

٢٠٦٣ - واذا اشترى طعاماً فأكل نصفه فله ان يبيع النصف الثاني مرابحة من غير بيان ، وكذلك كل ما يكال أو يوزن من ذوات الامثال •
٢٠٦٤ - واذا اشترى ثياباً كل ثوب بعشرة فله ان يبيع كل ثوب مرابحة بعشرة عند ابي حنيفة وابي يوسف •
٢٠٦٥ - واذا اشترى بالحنطة والشعير فله ان يبيع بذلك مرابحة وهو كالثمن •

فصل

٢٠٦٦ - ويبيع ما اشتراه من شريكه وصديقه مرابحة ولا يبين لأنه لا تقبل شهادته له فهو كالأجنبي •
٢٠٦٧ - واذا اشترى معيياً ورضى بالغيب باع ولم يبين ذلك كما لو دخله عيب ، وفي هذا الباب مسائل كثيرة •

باب من البيوع الفاسدة

٢٠٦٨ - وهذا باب يجمع فيه ما يقول اصحابنا ان بيعه فاسد ، وما يقول المخالف لهم انه فاسد وغير فاسد .

٢٠٦٩ - فمن ذلك اذا اشترى عدلاً زطياً على انه خمسون ثوباً بألف فوجده أحد وخمسين ثوباً او تسعة واربعين فالبيع فاسد لانه باع ما تناوله العقد وما لم يتناوله فصار الثمن والمبيع مجهولين ، ولانه لو باع خمسين ثوباً من أحد وخمسين كان البيع باطلاً كذلك هذا ، وحصة الناقص من الألف مجهولة لا تعلم فلم يصح .

فصل

٢٠٧٠ - واذا اشترى عشرين صفقة واحدة فاذا احدهما حر فالبيع فاسد فيهما عند ابي حنيفة ولا فرق بين ان يسمى لهما ثمن واحد او بين لكل واحد ثمن .

٢٠٧١ - وقالوا ان سمي لكل واحد ثمن صح في العبد لانه جعل ما لا يجوز بيعه شرطاً فيما يجوز فباطل العقد ، ولهذا لا يجوز له ان يقبل الشراء في أحد العبدين .

٢٠٧٢ - وقال الشافعي يصح البيع في العبد في أحد قوله ، وما الذي يلزمه من الثمن فيه قولان أحدهما تلزمه الحصة والثاني جميع الثمن وجعل ذلك كالنكاح لاجنية واخته .

فصل

بائع عبده وعبده غيره

٢٠٧٣ - واذا باع عبده وعبده غيره صح البيع في عبده ووقف في عبده الغير .

٢٠٧٤ - وقال الشافعي لا يصح في أحد قوله بناء على تفريق الصفقة .

فصل

باع صبرة كل قفيز بدرهم

- ٢٠٧٥- وإذا باع صبرة طعام كل قفيز بدرهم صح البيع في قفيز واحدا .
ويبطل فيما زاد .
- ٢٠٧٦ - وقال أبو يوسف ومحمد يصح في الجميع وبه قال الشافعي .
- ٢٠٧٧- لأن الثمن مجهول عند العقد فاجب بطلان البيع فيما زاد على القفيز .

فصل

بيع ذراع من دار

- ٢٠٧٨ - وإذا باع ذراعا من دار لم يجز حتى يبين الموضع .
- ٢٠٧٩ - وقالوا والشافعي يجوز ويقسم على جملة الذرعات .
- ٢٠٨٠ - لأن المبيع مجهول وموضعه غير معلوم .

فصل

- ٢٠٨١ - وإذا اشترى شاتين فاذا واحدة منهما ذبيحة مجوسى أو قد ترك المسلم التسمية عليها عمداً أو ميتة فالبيع فاسد .
- ٢٠٨٢ - وكذلك لو اشترى ذنين خلا فاذا احدهما خمر لأن البيع اشتمل على الصحيح والفاسد والفساد في نفس المعقود عليه فيبطل .

فصل

- ٢٠٨٣ - وإذا اشترى دارا كل ذراع بدرهم ولم يبين موضع الذراع فالبيع باطل في الجميع ، و الفرق بين هذا وبين قفيز من صبرة ، انه يصح على قفيز واحد .
- ٢٠٨٤ - وهذا قول ابى حنيفة ، وعندهما يصح وهو قول الشافعي .

فصل

٢٠٨٥- وإذا اشترى ثوبا على انه عشرة اذرع بعشرة دراهم فكان أحد عشر ذراعا فالجميع للمشتري ولا خيار له ، وان وجده تسعة اذرع فهو بالخيار ان شاء اخذه بجميع الثمن وان شاء فسخ لان الذرع صفة في المذروعات لا يقابله قسط من الثمن ، وهو بخلاف المكيل والموزون ، فان الموزون والمكيل اذا زاد يكون للمبائع ، واذا نقص عن القدر يكون الباقي للمشتري بحصته من الثمن لأنه معقود عليه وليس بصفة .

فصل

٢٠٨٦- وإذا اشترى سلعة بثمان ان عجله كن كذا وان كان مؤجلا فكذا وتفرقا على هذا فهو فاسد لأنه صفتان في صفقة .

فصل

اشترى عبدا بشرط العتق

- ٢٠٨٧- وان اشترى عبدا بشرط العتق فالبيع باطل .
- ٢٠٨٨- وقال الشافعي البيع جائز بشرط العتق .
- ٢٠٨٩- ولو شرط الكتابة أو التدبير أو البيع أو الاستيلاء فالبيع باطل بالاتفاق فجعل أبو حنيفة البيع بشرط العتق مثل ذلك .
- ٢٠٩٠- فإذا قبضه المشتري واعتقه لزمه الثمن استحسانا عند أبي حنيفة ، وقالوا يلزمه القيمة ، وقد روى ذلك عنه أيضا .
- ٢٠٩١- لأنه بيع مضمون بالقيمة لفساده كسائر البيوع الفاسدة .
- وأبو حنيفة جعل ذلك كالعتق على مال اعتبر المسمى في ذلك .

فصل

بيع العبد المغصوب .. إلخ

٢٠٩٢- وقال أصحابنا بيع العبد المغصوب والرهن والأبق موقوف ، فان حضر

وسلم تم البيع ولا خيار للمشتري ، وليس ذلك اسوأ حالا من [بيع] ملك الغير .
٢٠٩٣ - وكذلك ان باع سمكا محصوراً في حظيرة فان كان يحتاج الى
صيد فالبيع باطل ، واذا كان لا يحتاج الى ذلك فالبيع صحيح .

فصل

اشترى فصاً على أنه ياقوت

٢٠٩٤ - فاذا اشترى فصاً على أنه ياقوت فاذا هو غير ذلك فالبيع باطل لأنه
خلاف ما اشتراه .

فصل

٢٠٩٥ - ولا يجوز بيع مكاتب ولا مدبر ولا أم ولد ولا ولدها ولا النحل
ولا دود القز ولا أراضي مكة ولا بيع الوقوف في سائر الارض ولا لبن الآدميات
وكل هذا فيه خلاف الشافعي وغيره .

خيار الجس

٢٠٩٦ - ويجوز بيع الاعشى وشراؤه وله الخيار بالجس اذا كان مما
يجس فاذا جس (سقط خياره)^(١) .

خيار الرؤية

٢٠٩٧ - وبيع مال يره المشتري جائز وشراؤه جائز وللمشتري الخيار اذا
رآه ، لأنه بيع مقدور على تسليمه عند وجوب التسليم فهو كالجوز واللوز ، وفي
ذلك خبر مروي أيضاً وقياس على سائر العقود انه لا يعتبر فيها الرؤية .

فصل

شراء الكافر العبد المسلم

٢٠٩٨ - وشراء الكافر للعبد المسلم جائز وقال الشافعي لا يجوز .

(١) ما بين قوسين من نسخة قليج .

- ٢٠٩٩ - وكذلك المصحف •
- ٢١٠٠ - واتفق الفريقان على ان الكافر يجوز له ان يبيع العبد المسلم له أو لغيره فجعل أبو حنيفة الشراء مثل ذلك •
- ٢١٠١ - واتفقوا على أنه يملك بالميراث والوصية على الخلاف •
- ٢١٠٢ - وأجاز أبو حنيفة ان يوكل المسلم ذمياً فيشتري له خمراً أو خنزيراً ويلزمه الثمن وقالوا والشافعي لا تجوز الوكالة •
- ٢١٠٣ - وكذلك قالوا في الصيد اذا وكل المحرم حلالاً فاشتراه يجوز على الأمر عند أبي حنيفة وقالوا والشافعي لا يجوز •
- ٢١٠٤ - وفي المأذون يجوز عندهم جميعاً •
- ٢١٠٥ - وكذلك المكاتب اذا عجز انتقل الخمر الى المولى •
- ٢١٠٦ - وفي هذا الباب مسائل كثيرة على الخلاف والوفاق لا تحصى كثرة •

فصل

باب الخيار في البيع من طريق الحكم والشرط

- ٢١٠٧ - وخيار المجلس^(١) لا يثبت عندنا في شيء من العقود •

(١) هو الخيار الثابت للمتبايعين في الرجوع في العقد حتى يتفرقا بأبدانهما والاصل فيه حديث « المتبايعان كل واحد منهما بالخيار على صاحبه ما لم يتفرقا » رواه مالك في الموطأ ولم يعمل به وقيل انه دفعه باجماع أهل المدينة على ترك العمل به ، وكذلك رد الحنفية العمل بهذا الحديث وعمل به الشافعية (انظر تنوير الخواالك شرح موطأ الامام مالك ٧٩/٢) وقد صاغ الطحاوي قاعدة لزوم البيع بدون خيار مجلس صياغة بارعة يتضح منها الخلاف بين الحنفية والشافعية في صدد هذا الخيار بقوله في المختصر (ص ٧٤) :

« اذا تعاقد الرجلان البيع الجائز بينهما بلا خيار اشترطه فيه واحد منهما فليس لواحد منهما فسخه بعد ذلك، تفرقا بأبدانهما عن موطن البيع أو لم يتفرقا » .

وقد أول الحنفية الحديث المذكور على أن المقصود به التفرق بالاقوال (خيار القبول والرجوع في الإيجاب قبل ان يصادقه القبول) لا التفرق بالابدان (خيار المجلس) وفي هذا يقول الطحاوي في مختصره (ص ٧٤) والخيار الذي جاءت به السنة هو بين قول البائع قد بعثك وبين قول صاحبه قد قبلت منك •

- ٢١٠٨ - وقال الشافعي ثبت في البيع قولاً واحداً وفي كل عقد معاوضه يقصد به المال كالأجارة وغيرها .
- ٢١٠٩ - واتفقوا على انه يثبت في البيع خيار الشرط ثلاثة أيام .
- ٢١١٠ - واختلفوا فيما زاد على ذلك فقال أبو حنيفة لا يجوز ، وهو قول الشافعي .
- ٢١١١ - وقال أبو يوسف ومحمد يجوز اذا كان معلوماً كالأجل ، وهو قول مالك وأحمد .
- ٢١١٢ - ولا يجوز الخيار في بيع الرقيق والحيوان الا بالشرط .
- ٢١١٣ - وقال بعض الفقهاء عهدة الرقيق ثلاثاً من غير شرط .
- ٢١١٤ - واذا اشترى سلعة على انه ان لم ينقده الثمن الى ثلاثة أيام فلا بيع بينهما فهو كشرط الخيار يجوز عند أبي حنيفة في الثلاث ، وعندهما فيما زاد .
- ٢١١٥ - وقال زفر والشافعي البيع باطل .

فصل

شرط الخيار في المطاعم والمأكولات

- ٢١١٦ - وشرط الخيار يجوز في سائر المطاعم والمأكولات^(١) .
- ٢١١٧ - وقال الشافعي لا يجوز ولا يجوز في الصرف والسلم .
- ٢١١٨ - واجازه مالك ثلاثة أيام .
- ٢١١٩ - ولا يعتبر التقابض في المجلس في غير الصرف والسلم عندنا .
- ٢١٢٠ - وقال الشافعي يعتبر في المطاعم أيضاً .
- ٢١٢١ - لأنها تعتبر بالعقد ، فهي كالحيوان والثياب وسائر المشتمات عندنا .

فصل

اشتراط الخيار للغير

- ٢١٢٢ - واذا اشترط الخيار لغيره صح عندنا ، وكان الخيار للعاقد لأنه من موجب العقد وحقوق العقد تتعلق بالعاقد .

(١) في نسخة قليج : والمكيلات .

٢١٢٣ - وللشافعي قولان أحدهما لا يصح والثاني يصح لمن شرط له
• ويكون كالوكيل •

فصل

٢١٢٤ - وخيار الثلاث لا يورث لأنه خيار لتسيم العقد كخيار القبول •
٢١٢٥ - وقال الشافعي يورث لأنه من حقوق العقد ، ليس لمن وجب
عليه ابطاله •
٢١٢٦ - واتفق الفريقان ان الأجل يبطل بالموت فجعل أبو حنيفة الخيار مثله
لأنه مدة ملحقة بالعقد •

خيار الرؤية

١٢١٧- وفي خيار الرؤية روايتان في بطلانه بالموت •

انتقال خيار التعين للورثة

٢١٢٨ - وخيار التعين لأحد العبدین اذا اشترى على ان (له) ان يأخذ ايهما
شاء فمات قبل الخيار انتقل الى الورثة •

بطلان العقد المقترن بخيار التعين

٢١٢٩ - وقال زفر والشافعي بيع عبد من عبدین باطل •
٢١٣٠ - واتفقوا على بطلان البيع فيما زاد على ثلاثة عبيد •

فصل

خيار الغبن

٢١٣١ - وقال أصحابنا اذا غبن في البيع لم يثبت الخيار •
٢١٣٢ - وقال مالك اذا كان الثلث فما زاد يثبت له الخيار •

فصل

القبض في البيع الفاسد

- ٢١٣٣ - وإذا قبض في البيع الفاسد بأذن البائع ملك المشتري المبيع بالقيمة عندنا •
- ٢١٣٤ - وقال الشافعي لا يملك •
- ٢١٣٥ - وإن تصرف المشتري فيه بعد كل تصرف لا يلحقه الفسخ ومنع حق الرجوع فيه •
- ٢١٣٦ - وكذلك إذا زاد فيه زيادة لها قيمة •
- ٢١٣٧ - وإذا تصرف بما يلحقه الفسخ لم يمنع البائع ولا المشتري من الفسخ •
- ٢١٣٨ - وإذا فسخ في الموضع الذي يجب فيه الفسخ تبعه الزوائد في الفسخ عند الجميع ، وقد تملك المبيع بالقيمة كما تملك بالثمن كالشفيح يأخذ تارة بقيمة الشقص^(١) إذا كان عوضا من ذوات القيم •

(١) في لسان العرب في مادة شقص : الشقص والشقيص الطائفة من الشيء ، والقطعة من الأرض ، تقول اعطاء شقصا من ماله (أي جزءا) وقيل هو قليل من كثير ، وقيل هو الحظ ، ولك شقص هذا وشقيصه ، كما تقول نصفه ونصيفه ، والجمع من كل ذلك اشقاص وشقاص ، قال الشافعي في باب الشفعة : فإن اشترى شقصا من ذلك ، أراد بالشقص نصيبا معلوما غير مفروز ... وفي الحديث أن رجلا من هذيل اعتق شقصا مملوك فاجاز رسول الله (ص) وقال : ليس لله شريك • قال شمر قال خالد النصيب والشرك والشقص واحد ، قال شمر : والشقيص مثله ، وهو في العين المشتركة من كل شيء • قال الأزهري : وإذا أفرز جاز أن يسمى شقصا •

فصل

أنواع البيوع من حيث الصحة والبطالان والفساد والوقف

- ٢١٣٩ - والبيع على ثلاثة اضرب : بيع صحيح وبيع فاسد وبيع موقوف .
- ٢١٤٠ - وقال الشافعي البيع الموقوف على الاجازة باطل .
- ٢١٤١ - واتفق الفريقان على ان البيع يقف على الفسخ في بيع الخيار .
- ٢١٤٢ - وقلنا ، والشافعي ان خيار الشرط شرط للفسخ لا للاجازة .
- ٢١٤٣ - وقال مالك الاجازة شرط .
- ٢١٤٤ - وفائدة الخلاف اذا مضت مدة الخيار ثم البيع عندنا وعنده يبطل ويرجع الى البائع .

فصل

باب من يبيع ذوي الأرحام

- ٢١٤٥ - واذا كان في ملك الرجل عبدان أحدهما صغير والآخر كبير ، فليس له أن يفرق بينهما في البيع كالأب والابن والام والبنت .
- ٢١٤٦ - وان فرق بينهما جاز البيع عند أبي حنيفة ومحمد وكان مكروها .
- ٢١٤٧ - وقال أبو يوسف والشافعي البيع باطل حتى يجمع .
- ٢١٤٨ - واتفقوا على انه لو باعهما جميعا ثم وجد المشتري بأحدهما عيبا كان له أن يردده خاصة .
- ٢١٤٩ - وروى عن أبي يوسف انه ليس له أن يرد .
- ٢١٥٠ - وروى عنه رواية أخرى ان سائر ذوى الارحام مثل الاب والام .
- ٢١٥١ - وفرق الشافعي بين الاب وسائر ذوى الارحام كالاخ والعم والعمة والاخت .
- ٢١٥٢ - واتفقوا على انه يجوز ان يعتق احدهما دون الآخر ، وان يكتب .
- ٢١٥٣ - وان استولد الامة أو دبرها فله ان يفرق .

٢١٥٤ - وروى ابن زياد عن ابي حنيفة انه فى التدبير والاستيلاء لا يفرق
لانهما على ملكه ، والمملك لم يزل ، وفى العتق زال الملك فجاز له البيع بعد ذلك .
٢١٥٥ - وفى هذا البيع مسائل كثيرة وخلاف ووافق . فمن ^(١) كان له
ولمكاتب له أو عبد تاجر عليه دين مملوك كان فأراد أن يفرق بينهما فرق لأن ما فى
يد المكاتب والمأذون خارج عن يده فهم كالأجنبي ، وغير ذلك من فروع المسائل .

باب

بيع الأمة الحامل

٢١٥٦ - وإذا كانت الأمة بين رجلين فباع أحدهما نصيبه من رجل وهى
حامل وادعى المشتري العجل وادعاه البائع والذي لم يبع معا فإن ولدته لأقل من
سنة أشهر ثبت نسبه من البائع وشريكه وينتقض البيع ، ويرد المشتري نصف
العقر على الذي لم يبع باقراره بالوطء .
٢١٥٧ - وقال الحاكم : قوله ويرد المشتري نصف العقر ليس بسديد ،
والصواب أن يرد جميع العقر على الشريكين .
٢١٥٨ - وهذا فى رواية ابي سليمان ، لأنها ام ولد لهما فيجب جميع
العقر لهما لانه وطئها بشبهة ملكه .
٢١٥٩ - وإنما يثبت نسبه من الشريكين لأن دعواهما دعوى علق قبلت
فى ملك الغير ولأن دعواهما أكثر من دعوى الاب ولد جارية ابنه لأن للأب
شبهة ملك .

فصل

٢١٦٠ - وإن جاءت به لأكثر من ستة أشهر ثبت نسبه من المشتري ومن
الذى لم يبع ، وعلى البائع نصف العقر للذى لم يبع لأن الملك لهما وقد انقطع

(١) فى نسخة قليج : كمن .

حكم العلوق لانه ليس فيه دلالة على ان العلوق كان في ملكها فوجب اعتبار الملك ، والملك دون الذى باع وانما لزم نصف العقر لان اقرار البائع بالوطء في حال كان الملك لهما قبل بيعه فلا يلزمه باقرار غيره .

فصل

نزاع على حمل جارية من زوج

٢١٦١ - واذا أقر المولى ان حمل جاريته من زوج كان زوجها منه ثم أراد أن يدعيه لنفسه فان كان ذلك الزوج صدق المولى أو لم يصدقه ولم يكذبه لا تجوز دعوى المولى في قولهم جميعا ولا يثبت النسب .
٢١٦٢ - ولو انه كذبه ثم ادعاه المولى لنفسه فان في قول أبي حنيفة لا تجوز دعواه ايضا .

٢١٦٣ - وفي قول ابى يوسف ومحمد تجوز .

باب الاستبراء في الجواري

٢١٦٤ - ولا نعلم خلافا بين العلماء في أصل الاستبراء وقد روى عنه عليه السلام انه قال :

لا توطأ حامل حتى تضع ، ولا حائل حتى تستبرأ بحيضة .
٢١٦٥ - ولا توطأ الحامل حتى تضع ولا من تحيض حتى تحيض حيضة ، وأن كانت لا تحيض فشهرا لانه أقيم مقام حيضة في حق الصغيرة والآيسة .

فصل

٢١٦٦ - واذا اشترى جارية حائضا فانه لا يحتسب بالحيضة وعليه ان يستبرئها بحيضة اخرى عند ابى حنيفة ومحمد واحدى الروایتين عن ابى يوسف وروى عن ابى يوسف انه لا استبراء عليه ، وهو قول ابراهيم النخعي .
٢١٦٧ - وكذلك الخلاف لو حاضت في يدى البائع أو كانت بكرافان

الاستبراء واجب عند أبي حنيفة ومحمد ولا يجب عند أبي يوسف في إحدى الروايتين لأن المقصود العلم ببراءة رحمها •

فصل

٢١٦٨ - وإن ارتفع حيضها لا من حمل يعلم أنه بها لمرض أو عارض فإن أبا حنيفة قال لا يطؤها^(١) حتى يمضي عليها ثلاثة أشهر في رواية ومثله روى عن أبي يوسف ، وفي بعضها أربعة أشهر ، وفي رواية عنه حتى يعلم أن رحمها برىء من الحمل •

٢١٦٩ - وقال محمد بن الحسن يدعها أربعة أشهر وعشرا ، وهي عدة الوفاة ، وروى عنه أيضا أنه قال شهرين وخمسة أيام عدة الأمة في الوفاة ، وإنما اعتبر هذه المدة لأن حيضها يجوز أن يتأخر ، وإنما حددوا ذلك بما ذكرنا لأن في مثل ذلك يتبين الحمل ويتحرك الولد في الرحم •

فصل

٢١٧٠ - وإذا باع جارية فلم يقبضها المشتري حتى تقايلا البيع فالقياس أن يجب على البائع الاستبراء في رواية أبي يوسف عن أبي حنيفة في الأملاء ، وهو قوله الأول ، وفي الاستحسان لا يجب الاستبراء وهو قول أبي حنيفة الآخر وهو قولهما •

فصل

٢١٧١ - ولو كان المشتري قبضها ثم أقاله فباعها فولدت عند المشتري فماتت الجارية وبقي الولد فادعى البائع الولد فإن النسب يثبت ويرد البائع جميع الثمن في قول أبي حنيفة ولا يمسك لاجل الولد شيئا ، وفي قولهما لا يرد حصه الأم من الثمن ، وهذا فرع لمسألة أخرى أن أم الولد ليست بمال •

(١) في النسخة المعتمدة كتبت على هذا النحو : لا يطأها •

فصل

٢١٧٢ - ولو قبض المشتري الجارية فوجد بها عيبا فردها أو كان البائع قد باعه منها سهما ثم ردّها ثم أقاله في الشقص فعليه الاستبراء لأنه وجد سبب الاستبراء •

فصل

٢١٧٣ - وإذا رجعت الآبقة أو ردت المفصوبة أو فكت المرهونة أو عجزت المكاتب فلاستبراء على المولى في ذلك ، ولو وهبها لولد له صغير أو كبير ثم اشتراها لنفسه فعليه الاستبراء لأنه ملك جديد •

٢١٧٤ - ولو قبضها المشتري بشراء وفسخ القاضى البيع لأجل القساد فعليه الاستبراء في الاستحسان ، وكان القياس أن لا يجب ، وكذلك كان القياس أن لا يجب الاستبراء على البائع إذا باع بشرط الخيار ثم فسخ ، وهذا مبنى على أصلنا أن البيع الفاسد إذا قبض المشتري المبيع ملك المشتري ، وعند الشافعى لا يملك فيجب أن لا يجب الاستبراء كالمفصوبة •

فصل

٢١٧٥ - وإذا زوج الرجل أمته فطلقها الزوج قبل الدخول كان للمولى أن يقربها بعد أن يستبرئها بحيضة ، لأن الوطى قد كان حل لغيره فيجب عليه الاستبراء ، ولم يسقط ذلك إذا لم تجب عدة •

٢١٧٦ - وأن كان النكاح فاسدا وفرق فيه لم يكن عليه الاستبراء لأنه لا يستباح به الوطى •

٢١٧٧ - ولو وهب جارية فرجع فيها فعليه الاستبراء •

فصل

لا استبراء على الزانية

٢١٧٨ - ولا يجب الاستبراء على الزانية ، فإن حملت منه لم يطأها حتى تضع ، والأمة والحرّة في ذلك سواء •

باب

بيع النخل وفيه ثمرة

٢١٧٩ - رجل اشترى ارضا ونخلا بالف درهم ، والارض تساوى الفا والنخل مثل ذلك فاشترى النخل فى يدى البائع ثمرا يساوى الفا فاستهلك البائع الثمر فانه يسقط عن المشتري ثلث الثمن وعليه ثلثا الثمن في قول أبى حنيفة ومحمد وفي قياس أبى يوسف يسقط عنه ربع الثمن ويجب عليه ثلاثة ارباع الثمن فهما يقسمان الثمن على الارض والنخل ثم يحط ذلك الهالك من الثمن ، وعند أبى يوسف ان الثمر دخل فيما يخص النخل خاصة ، لان البيع واقع على الأرض والنخل كالتبع فهو يشابه من اشترى أمة فولدت ولدين فان الثمن يقسم عليهم ، وخلاف آخر أنه لا خيار للمشتري ويأخذ بمقدار مابقى عليه من الثمن وعندنا للمشتري الخيار .

فصل

٢١٨٠ - واذا باع النخل وعليه ثمر فهو للبائع سواء أبرت أم لم تؤبر^(١) .

(١) في لسان العرب : أبر النخل والزروع يأبره ويأبره أبراً واباراً وابارة أصلحه .
وأبرت فلانا سألته أن يأبر نخلك ، وكذلك في الزرع اذا سألته أن يصلحه لك ..

والآبر : العامل .
والمؤبر : رب الزرع .
والمأبور : الزرع والنخل .
وزمن الآبار زمن تلقيح النخل واصلاحه .
وفي الحديث : « خير المال مهرة مأمورة وسكة مأبورة » .
السكة الطريقة المصطفة من النخل ، والمأبورة الملحقة . يقال أبرت النخلة وأبرتها فهي مأبورة ومؤبرة . وقيل السكة سكة الحرث ..
وفي الحديث : من باع نخلا قد أبرت فثمرتها للبائع الا أن يشترط المبتاع .
وتأبير النخل : تلقيحه ، يقال نخلة مؤبرة مثل مأبورة ، والاسم منه الابار على وزن الازار .

٢١٨١- وقال الشافعي : اذا ابرت فهي للبائع وان لم تؤبر فهي للمشتري •

٢١٨٢- وعند ابن أبي ليلى هي للمشتري في الحالين •

٢١٨٣- وعندنا لا يدخل في البيع بغير شرط لانه يمكن افرادها بالبيع فهي

في حكم عين أخرى لانها ثمرة ظاهرة كالمؤبرة •

فصل

٢١٨٤- واذا باع الثمرة واطلق البيع جاز ووجب على المشتري قطعها •

٢١٨٥ - وقال الشافعي : لا يجوز مطلقا اذا كان لم يبد صلاحها الا بشرط

القطع ، لان كل ثمرة جاز بيعها بشرط القطع جاز مطلقا كما لو بدا الصلاح ،

ولان الشرط غرر في البيع •

فصل

٢١٨٦- وان شرط تركها فانه يبطل العقد عند ابي حنيفة وابي يوسف •

٢١٨٧- وقال الشافعي : اذا كان قد بدا صلاحها لم يبطل البيع •

٢١٨٨- لان ما جاز بيعه بشرط القطع لا يجوز بشرط الترك كالثي لم يبد

صلاحها •

فصل

٢١٨٩- ولا فرق بين أن يكون قد تنهى عظمها أو لم يتناه ان شرط الترك

يفسد البيع ، وقال محمد : يجوز استحسانا لانه بشرط تركها فصار كما لو لم

يبد صلاحها •

فصل

٢١٩٠- واذا اشترى رطباً على رؤوس النخل بخرسه تمرا لم يجز •

وقال الشافعي يجوز فيما دون خمسة أوسق ، ولا يجوز فيما زاد على ذلك •

٢١٩١- ولو جاز ذلك لجاز في الزيادة ، وكان يجوز في سائر التمار والحبوب ، وقد أجمعنا على أن ذلك لا يجوز •

فصل

- ٢١٩٢- ويجوز بيع الرطب بالتمر مثلا بمثل عند أبي حنيفة •
وعندهما والشافعي لا يجوز •
- ٢١٩٣- وأجمعوا على جواز بيع العتيق من التمر بالحديث^(١) •
- ٢١٩٤- واختلف أبو يوسف ومحمد في بيع العنب بالزبيب •
- ٢١٩٦- وأجاز أصحابنا بيع الحنطة بالدقيق إذا كان مع الحنطة ثمن •
- ٢١٩٥- واختلف في جواز بيع الحنطة بالسويق فقال أبو حنيفة لا يجوز •
وقال أبو يوسف ومحمد يجوز •
- ٢١٩٦- وأجاز أصحابنا بيع الدقيق بالدقيق إذا كان على صفة واحدة •
- ٢١٩٧- وقال الشافعي لا يجوز •

فصل

بيع الشاة باللحم

- ٢١٩٨- وبيع الشاة باللحم جائز عند أبي حنيفة وأبي يوسف •
- ٢١٩٩- وقال محمد يجوز على وجه الاعتبار •
- ٢٣٠٠- وقال الشافعي لا يجوز بحال لأنه معدود بموزون فصار كالدرهم •

فصل

٢٣٠١- وبيع الشاة التي في ضرعها لبن أو على ظهرها صوف بلبن من

(١) في نسخة المعيد (الحديث) •

(١) في لسان العرب : خرس يخرص بانضم خرصا وتخرص أي كذب ورجل خراص أي كذاب • وأصل الخرص التظني فما لا يستيقنه ، ومنه خرص النخل والكرم إذا حزرت التمر ، لأن الحزر إنما هو تقدير يظن لا إحاطة والاسم الخرص بالكسر •

- جنس لبنها أو صوف من جنس صوفها جائز عند أبي حنيفة على وجه الاعتبار •
- ٢٣٠٢ - وقال غيره لا يجوز •
- ٢٣٠٣ - ومن أصحابنا من فرق بين الصوف واللبن ومنهم من سوى في ذلك وقال : الخلاف في الجميع واحد •

فصل

- ٢٣٠٤ - وأجازوا بيع الزيت بالزيتون والشيرج^(١) بالسهم على وجه الاعتبار بأن يكون في الدهن مثل ما في السهم وزيادة في مقابلة اللبن •
- ٢٣٠٥ - وقال زفر ومالك لا يجوز •

فصل

- ٢٣٠٦ - وإذا باع شاة واستثنى أطرافها لم يجز البيع •
- ٢٣٠٧ - وقال بعض الفقهاء يجوز وهم الحنابلة •
- ٢٣٠٨ - وفي هذا الضرب مسائل كثيرة •
- ٢٣٠٩ - وأجاز أصحابنا بيع الحنطة بالشعير متفاضلا ومتساويا •
- ٢٣١٠ - وقال مالك لا يجوز لأنهما جنسان ، فهما كالدينارين والدراهم •

فصل

- ٢٣١١ - والربا يجري في مكيل جنس عندنا إذا بيع بمثله ، وكذلك الموزون •
- ٢٣١٢ - وقال الشافعي الربا يختص بالمطعمات والائمان •

فصل

- ٢٣١ - والجنس يحرم عندنا النساء كما يحرم النساء بالمعنى المضموم اليه •

(١) هو دهن السهم

باب من السلم^(١)

٢٣١٤ - وكل ما تضبط صفته ويعلم قدره فالسلم فيه جائز اذا ذكر جنسا معنوما وثوعا وقدرا معلوما أو صفة معلومة ، وكان موجودا فالسلم في ايدي الناس من يوم العقد الى يوم المحال^(٢) وذكر الاجل في ذلك ، وقبض رأس المال في المجلس ، وسمى موضع تسليمه فذلك جائز باجماع ، اذا كان رأس المال معلوما ، وكلما انخرم^(٣) من هذه الشروط شرط دخل الخلاف في العقد لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال :

« من اسلم فاسلم في كيل معلوم ووزن معلوم الى أجل معلوم » بعد نهيهِ عن بيع ما ليس عند الانسان .

فصل

تعجيل أحد البديلين

٢٣١٨ - واجاز الشافعي السلم حالا ومؤجلا وامتنع أصحابنا من ذلك ، وقالوا : لا يجوز الا بأجل لانه لا فرق بين السلف والسلم واللفظ واذا كان حالا لم يتمكن من التسليم عقب العقد .

فصل

السلم في المعلوم

٢٣١٦ - واجاز السلم في المعلوم اذا كان موجودا عند المحل .

٣١٧ - وقال أصحابنا لا يجوز حتى يكون موجودا عند الطرفين ، وفيما

(١) جاء في لسان العرب : يقال أسلم وسلم اذا أسلف وهو ان تعطي ذهباً وفضة في سلعة معلومة الى أمد معلوم ، فكأنك قد أسلمت الثمن الى صاحب السلعة وسلمته اليه .

وأسلم في الشيء وسلم وأسلف بمعنى واحد .

(١) في نسخة (قليج) المحل .

(٢) في نسخة قليج (انعدم) .

بين ذلك ، لان ذلك وقت يجوز ان يحل فيه بالموت ، والموت^(١)، فكان وجوده شرطا كالمحل المشروط خلاف الشافعي يكفي وجوده عند المحل المشروط .

فصل

ما يجوز السلم فيه

٢٣١٨ - واجاز اصحابنا السلم في الجوز واللوز والفسق والحنطة والشعير والبر والزيت والقطن والزعفران ، وكل ما يكال وكل ما يوزن وكل ما يعد ويتقارب ولا يتفاوت كاللبن والآجر والتورة والطوايق والمستوح^(٢) والاكسية والياب والزجاج والآنية ، وفي بعض ذلك خلاف وفيه وفاق .

ومسائل السلم كثيرة

فصل

قرض مال بمثله

٢٣١٩ - اجاز اصحابنا قرض ماله مثل من المكيل والموزون .

٢٣٢٠ - وقالوا : لا يجوز قرض ذوات القيم .

٢٣٢١ - وقال الشافعي يجوز الا الحوار^(٣) ومن اصحابه من اجاز الجميع .

فصل

٢٣٢٢ - وقالوا : لو اشترى بذهب وفضة وسمى وزنا معلوما كان الثمن منقسما من كل جنس نصفه .

٢٣٢٣ - وقال الشافعي لا يجوز حتى يبين كل واحد .

(١) في نسخة قليج : والشرع .

(٢) كذا في النسختين ولعله الشيرج .

(٣) كذا ولعله الخبز الحوارى . . . والحواري من الدينق الخالص

المنقى (راجع لسان العرب مادة حور) .

فصل

- ٢٣٢٤ - واجاز الجميع صرف ما فى ذمة كل واحد فى ذمة الآخر ، واعتبروا القبض فى الصرف فى المجلس .
- ٢٣٢٥ - وقال اصحابنا ان الدراهم والدنانير لا تعين بالعقد .
- ٢٣٢٦ - وقال أبو الحسن تعين ولا تستحق أعيانها .
- ٢٣٢٧ - وقال زفر تعين وبه قال الشافعي .
- ٢٣٢٨ - ولو تعينت لما صح العقد عليها مع الاطلاق .
- ومسائل البيوع كثيرة ، وسمعت شيخنا قاضى القضاة رحمه الله يقول ان أبا بكر الخوارزمي رحمه الله جمع كتاب البيوع من كتب محمد وأصحابنا من جميع الكتب فكانت خمسين الفا وزيادة وانه وقع ذلك اليه .
- ٢٣٢٩ - وفى الذى ذكرت من هذه المسائل فى هذا الكتاب ما لم يذكره غيرى فى أدب القضاء ، كالطحاوى والمخشاف فانهما لم يودعا كتبهما من ذلك شيئاً .

كتاب الرهن

تعريف^(١)

- ٢٣٣٠ - الرهن عقد وثيقة يفترق الى ايجاب وقبول ، وهو جائز قبل القبض غير لازم ، وانما يلزم بالقبض .
- ٢٣٣١ - وقال مالك : يلزم من غير قبض .
- ٢٣٣٢ - وهو لازم للراهن ليس له ابطاله الا (ان) يقضى ما هو رهن به ، لأنه قد تعلق به حق غيره .

فصل

- ٢٣٣٣ - ولو رهن نصف عبد أو دار أو مكيل أو موزون غير مقسوم فالرهن فاسد عندنا .
- ٢٣٣٤ - وقال الشافعي : كل ما جاز بيعه جاز رهنه وعندنا ان كل ما جاز رهنه جاز بيعه ، ويجوز رهنه لانه اعم من الرهن .
- ٢٣٣٥ - وبيع ما في الذمة يجوز ، ولا يجوز رهنه .
- ٢٣٣٦ - ويجوز بيع التركة قبل القبض ولا يجوز رهنها .
- ٢٣٣٧ - وعقد هذا الباب : ان كل ما يجوز رهنه ابتداء فانه يجوز في حالة البقاء فانظر ابدا الى ما يستحق من الرهن ، فان كان الباقي يجوز ان يتبدأ فيه الرهن فالرهن بحاله فيه ولا يبطل ، وان كان لا يجوز ابتداء فالرهن قد بطل ، ولا فرق بين الشريك وغيره .
- ٢٣٣٨ - وسائر الاموال في ذلك سواء العقار والعبيد والمكيل والموزون

(١) في لسان العرب : قال ابن سيدة : الرهن ما وضع عند الانسان مما يتوب منه ما أخذ منه ، يقال رهننت فلانا دارا رهنا ، وارتهننته اذا أخذه رهنا والجمع رهون ورهان ورهن بضم الهاء .

وكل شيء يحتبس به شيء فهو رهينة ومرتها ، وارتهن منه رهنا أخذه .

والثياب والنخل والشجر وسائر ضروب الاموال في ذلك سواء ، وان قبض الجميع لم يصح الرهن أيضا ، وكذلك ان كان الرهن مقسوما فاستحق بمضاه مشاعا بطل الرهن ، وان كان معينا والباقي يجوز رهنه بحاله .
٢٣٣٩ - ومسائل هذا الباب كثيرة ، والاصل واحد ، ولا فرق بين ان يأذن الشريك في ذلك أو لا يأذن ان الرهن لا يصح .

فصل

الرهن في السفر

٢٣٤٠ - ويجوز الرهن في الحضر كما يجوز في السفر خلافا لاهل الظاهر .

حظر الانتفاع بالرهن

٢٣٤١ - ولا يجوز للراهن الانتفاع بالرهن .
وقال الشافعي له الانتفاع اذا كان له منفعة .

رهن العين المفصولة

٢٣٤٢ - واذا رهن العين المفصولة عند الغاصب جاز الرهن وزال ضمان الغصب .

٢٣٤٣ - وقال الشافعي ضمان الغصب بحاله .

إعتاق العبد المرهون

٢٣٤٤ - واذا اعتق الراهن العبد المرهون جاز عتقه موسرا كان أو مسرا .
وللشافعي في ذلك ثلاثة أقول : مثل قولنا ولا يعتق ، والثالث الفرق بين المصّر والموسر .

تقبيل الجارية المرهونة

٢٣٤٥ - وان قبل المرتهن الجارية المرهونة من غير شبهة^(١) لم يجب الحد في إحدى الروايتين لأنها مجبوسة في يديه بحق له في رقبتها .

(١) كذا في النسختين والظاهر انها شهوة واول العبارة في نسخة منيخ : واذا وطئ .

فصل

- ٢٣٤٦- وإن وطئ باذن الراهن فولدت منه فالولد عبد •
- ٢٣٤٧- وقال الشافعي حر •
- ٢٣٤٨- لأن اذنه ليس أكثر من تزويجه بها ولو تزوجها كان الولد عبدا •
- ٢٣٤٩- وإذا باع المرتهن الرهن قبل حلول الدين باذن الراهن فالبيع جائز والثمن رهن •
- ٢٣٥٠- خلاف الشافعي لا يكون رهنا •
- ولو شرط له ذلك أو شرط أن يعجل الدين فالبيع جائز ويلزم تسليم ذلك
- ٢٣٥١- خلاف الشافعي البيع باطل على هذا الشرط •
- ٢٣٥٢- ورهن العبد الجاني والمرتد جائز كما يجوز البيع •
- ٢٣٥٣- وقال الشافعي لا يصح في أحد قوله •

الزيادة في الرهن والدين

- ٢٣٥٤- وتجوز الزيادة في الرهن •
- ٢٣٥٥- ولا تجوز في الدين •
- ٢٣٥٦- وقال أبو يوسف يجوز فيهما •
- ٢٣٥٧- وقال زفر لا يجوز فيهما •
- ٢٣٥٨- وللشافعي قولان في ذلك •

إقرار الراهن بجناية العبد المرهون

- ٢٣٥٩- ولا يجوز إقرار الراهن على العبد المرهون بالجناية •
- ٢٣٦٠- وقال الشافعي في أحد قوله يجوز •
- ٢٣٦١- وإذا قتل العبد المرهون في يد المرتهن بالردة ثبت الخيار في فسخ البيع •
- ٢٣٦٢- خلاف الشافعي لا يثبت •
- ٢٣٦٣- وإذا علق عتق عبده بصفة ثم رهنه جاز الرهن •

٢٣٦٤- وقال الشافعي لا يجوز رهنه ، وله تفصيل في تعجيل الصفقة وتأخيرها على محل الدين لانه يجوز بيعه فجاز رهنه .

تحول العصير المرهون خمرأ

- ٢٣٦٥- واذا رهن عصيرا فصار خمرأ لم يبطل الرهن .
- ٢٣٦٦- وقال الشافعي يبطل .
- ٢٣٦٧- وان عادت خلا فالمرتهن أحق بها من الغرماء .

رهن ما يسرع إليه الفساد

- ٢٣٦٨- ورهن ما يسرع اليه الفساد بالدين الحال أو المؤجل جائز .
- ٢٣٦٩- وقال الشافعي لا يجوز .

فصل

توكيل المرتهن ببيع الرهن

- ٢٣٧٠- ويجوز أن يكون المرتهن وكيلاً ببيع الرهن عند محله .
- ٢٣٧١- وقال الشافعي لا يجوز .
- ٢٣٧٢- ولا يملك الراهن عزل الوكيل عن بيع الرهن اذا وكله بالبيع ،
- ٢٣٧٣- وقال الشافعي يملك .

فصل

تبعة هلاك ثمن الرهن

- ٢٣٧٤- واذا باع العدل الرهن فهلك الثمن فهو من ملك المرتهن لان اليد للمرتهن دون الراهن لان الراهن لو اراد فسخ يد العدل لم يكن له ذلك والمرتهن له ذلك .
- ٢٣٧٥- وقال الشافعي يكون من مال الراهن .

فصل

إستحقاق الرهن

- ٢٣٧٦- وإذا استحق الرهن بعد البيع على المشتري رجع على العدل البائع.
- ٢٣٧٧- وقال الشافعي يرجع على الراهن.
- ٢٣٧٨- لأن حقوق العقد تتعلق بالعقد عندنا دون من عقد له في كل ما تصح اضافته الى العقد من العقود.
- ٢٣٧٩- وإذا ادعى العدل تسليم الثمن الى المرتهن فالقول قوله.
- ٢٣٨٠- وقال الشافعي لا يقبل قوله عليه.
- ٢٣٨١- لأنه أمين له واليد المرتهن وإن تعلق بها حق الراهن.

دفع العبد الرهن في الجناية

- ٢٣٨٢- وإذا دفع العبد الرهن في الجناية بطل من الدين بحساب ذلك.
- ٢٣٨٣- وقال الشافعي لا يبطل.
- ٢٣٨٤- والرهن مضمون عندنا بالاقبل من قيمته ومن الدين.
- ٢٣٨٥- وقال الشافعي هو امانة.
- ٢٣٨٦- ولو كان امانة لقبول قول المرتهن في الرد على الراهن كسائر الامانات ، ولكان المرتهن وغيره في ثمنه سواء.

فصل

رهن المكاتب

- ٢٣٨٧- ويجوز رهن المكاتب بدين المكاتب.
- ٢٣٨٨- وقال الشافعي لا يجوز.
- ٢٣٨٩- لأنه دين واجب كسائر ديونه.

فصل تزويج الأمة المرهونة

- ٢٣٩٠- ويجوز للراهن تزويج الأمة المرهونة بنير اذن المرتهن
- ٢٣٩١- وقال الشافعي لايجوز

فصل الزيادة من الرهن

- ٢٣٩٢- والزيادة من الرهن تدخل في الرهن
- ٢٣٩٣- وقال الشافعي لايدخل المنفصل ويدخل المتصل
- ٢٣٩٤- لانه حق ثابت في الام فسرى الى الولد كالمالك والعاق

فصل الشرط الفاسد في الرهن

- ٢٣٩٥- واذا شرط في الرهن شرطا فاسدا بطل الشرط وصح الرهن
- وقال الشافعي يبطل الرهن
- ٢٣٩٦- لانه عقد شرط في لزومه القبض كالهبة

باب اختلاف الراهن والمرتهن

- ٢٣٩٧- واذا اختلف الراهن والمرتهن في الدين فالقول قول الراهن في الدين مع يمينه ، ولا خلاف في ذلك
- ٢٣٩٨- وان اقاما البينة فالبينة بينة المرتهن لانها تثبت الزيادة

- ٢٣٩٩- وان قال الراهن زهنت بخمسائة وقال المرتهن بل بالف ،

والدين الف على الراهن فالقول قول الراهن ، كما لو انكر الرهن كان القول قوله في ذلك .

٢٤٠٠ - وإذا قال المرتهن قبضت خمرًا .

وقال الراهن بل صارت العين خمرًا عندك ، فالقول قول المرتهن .

٢٤٠١ - وقال الشافعي القول قول الراهن .

٢٤٠٢ - لأنه لم يقر بقبض يوجب الضمان .

فصل

٢٤٠٣ - وإن قال الراهن رهنتها عندك بجميع مالك من الدين وهو الف ،

وقال المرتهن رهنتها بخمسمائة والجارية الرهن تساوى ألفا فإن الحسن بن زياد

قال عن أبي حنيفة إن القول قول الراهن ويراد أن بعد التحالف .

٢٤٠٤ - وإن مات الراهن قبل التحالف كانت بما قال المرتهن لأنه ينكر

الضمان .

فصل

اختلافهما في قيمة الرهن

٢٤٠٥ - ولو اتفقا على أن الجارية رهن واختلفا في قيمة الجارية ، وقد

هلك في يد المرتهن فقال المرتهن كانت قيمتها خمسمائة وقال الراهن ألفا فالقول

قول المرتهن في قيمة الهالك .

٢٤٠٦ - وإن أقاما بينة فالبينة بينة الراهن لأنها تثبت الضمان والزيادة .

فصل

٢٤٠٧ - وإن اختلفا فقال المرتهن رهنتي هذين العبدتين بألف .

وقال الراهن بل أحدهما بألف لم تقبل دعوى أحدهما على صاحبه ،

ويحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه .

فصل

٢٤٠٨ - وإذا كان الرهن أمة فولدت ثم ماتت الأمة وبقي الولد ، واختلفا

في قيمة الأم فالقول قول المرتهن والبينة بينة الراهن ، وكذلك الحيوان والشجر

والثياب وسائر الأعيان مثل ذلك .

فصل

- ٢٤٠٩- وإذا اختلفا فقال الراهن :
قبضت مني الرهن فهلك في يدك وقال المرتهن :
بل قبضته انت مني فهلك في يدك فالقول قول الراهن مع يمينه لان المرتهن
قد اقر بقبضه فهو في ضمانه •
- ٢٤١٠- وان اقاما جميعا البينة على ما قالوا اخذت بينة الراهن لانه المدعي
للقضاء ، لان هلاك الرهن في يد المرتهن بمنزلة القضاء •

فصل

- ٢٤١١- وان قال المرتهن هلك في يد الراهن قبل ان اقبضه ، وقال الراهن
هلك في يد المرتهن فالقول قول المرتهن لانه لم يغير مقتضى شيء ، فان اقاما
البينة اخذت بينة الراهن لانها تثبت القضاء وتشهد بعين الظاهر •

فصل

- ٢٤١٢- وان قال المرتهن : رهننتي هذين الثوبين وقبضتهما فقال الراهن :
رهننتك أحدهما فالقول قول الراهن •
- ٢٤١٣- وان اقاما بينة ، اخذت بينة المرتهن •

فصل

- ٢٤١٤- واذا كان الرهن عبدا والدين الفين والعبد يساوى الفا وقد ذهبت
عنه واختلفا في قيمته فقال الراهن كانت قيمته يوم رهننتك الفين فقد ذهب نصف
دينك ، وقال المرتهن بل كانت قيمته خمسمائة وانما زاد بعد ذلك وانما ذهب ربع
حقي فالقول قول الراهن مع يمينه •
- ٢٤١٥- فان اقاما جميعا بينة على ما ادعيها اخذت بينة الراهن لانه يدعي
القضاء والبراءة ، والعبد مضمون على المرتهن ، وهو يتصرف في ملك الراهن
فهو كالفاسب •

٢٤١٦- وإذا اختلف هو والمفصوب منه فالقول قول المفصوب منه لانه لا يصدق فيما يوجب سقوط الضمان عنه •

فصل

٢٤١٧- وإذا ادعى الرهن وانكر الراهن الرهن او أقر بالرهن وانكر التسليم فالقول قوله وعلى المدعي البينة انه ارتهن وقبض •
٢٤١٨- فان أقام بينة رجلين أو رجلا وامرأتين انه ارتهن وشهدوا على معاينة القبض او اقرار الراهن بذلك فهو سواء •
٢٤١٩- وهذا قول ابي حنيفة الاخير ، وهو قول ابي يوسف ومحمد لانهما اثبتا الرهن بالشهادة •

فصل

٢٤٢٠- ولو شهد احدهما انه رهن بمائة وشهد الآخر بمائتين ، والمرتهن يدعى مائتين فالشهادة باطلة عند ابي حنيفة •
٢٤٤١- وقالوا يكون رهنا بمائة والقول قول الراهن في الزيادة •
٢٤٢٢- وعند الشافعي يحلف مع الشاهد الواحد ، ويكون رهنا بمائتين •
٢٤٢٣- واتفق الجميع على انه لو شهد احدهما بخطة والآخر بشعر أو شهد بدنانير والآخر بدراهم أو شهد احدهما بعد والآخر بثوب ان الشهادة باطلة ولا شيء على الراهن من ذلك •
٢٤٢٤- واتفقوا على انه لو شهد أحدهما بمائة والآخر بمائة وخمسين والمرتهن يدعى مائة وخمسين فالشهادة جائزة في مائة ، ويكون على الراهن •
٢٤٢٥- ولو ادعى الراهن انه رهن بمائة وخمسين ، وذلك قيمته ، واقاما على ذلك شاهدا وشهد له آخر بمائة وقال المرتهن مائة وخمسون وهذا رهن بمائة منها فالقول في ذلك قول المرتهن مع يمينه الا ان يقدم الراهن شاهدا آخر على ما ادعاه •
٢٤٢٦- وان اقاما جميعا بينة فالبينة بينة الراهن لانها تثبت الزيادة والقضاء

فصل

اشتراط الرهن بالثمن

٢٤٢٧ - واذا باعه متاعا على ان يرهنه عبدا بالثمن فجحد المشتري ذلك وأقام عليه بينة بالبيع والرهن فانه لا يجبر الراهن على تسلم الرهن ، لانه غير مقبوض ، ولكن له الخيار في فسخ البيع ، ولا يجبر على تمام البيع الا ان يسلم الراهن العبد الى المرتهن او مقامه رهنا آخر يرضى به المرتهن فيجبر على ذلك لان الرهن لا يلزم من غير قبض ، وقد شرط في الثمن صفة فاقبت الخيار له في ذلك .

فصل

٢٤٢٨ - واذا ادعى الرهن رجلان كل واحد يقول رهنه عندي والرهن في يدي الراهن ، وأقام كل واحد بينة بما ادعاه فليس الرهن عند واحد منهما في القياس وبه نأخذ والاستحسان ان يكون بينهما ، وان كان في ايديهما فهو كذلك ايضا في القياس والاستحسان .

٢٤٢٩ - وان كان في يدي احدهما فهو له الا ان يقيم الآخر البينة انه رهنه قبله بوقت واذا وقتا وقتين فهو للاول منهما ، واذا لم يوقتا فليس برهن لاحدهما في القياس ، وهذا هو المذهب لانه يقتضي اشاعة الرهن ورهن المشاع لا يصح .

فصل

٢٤٣٠ - ولو مات الراهن والرهن في ايديهما واقاما بينة كل واحد انه رهن عنده ، فانه يباع لهما ويقضي دينهما ، وضربا مع الغرماء بما فضل لهما في تركة الميت ، ويأخذ الغرماء ما فضل من ثمن الرهن عند ابي حنيفة ومحمد واستحسانا ٢٤٣١ - والقياس ان الرهن باطل وهو قول ابي يوسف ويكون بين الغرماء بالحصص ولا يسلم لهما .

فصل

٢٤٣٢ - واذا كان المرتهن اثنين فوضع احدهما الرهن عند صاحبه والرهن مما يحتمل القسمة فالدافع ضامن قيمته عند ابي حنيفة .

٢٤٣٣ - وقال أبو يوسف ومحمد لا يضمن ولا ضمان على القابض في قولهم جميعا •

فصل الرهن لدى عدل

٢٤٣٤ - وإذا وضع الرهن على يدى عدل فهو جائز عندنا •
وعند الشافعي ومالك •

٢٤٣٥ - وقال ابن ابي ليلى لا يجوز الرهن حتى يكون في يد المرتهن •

٢٤٣٦ - لأن يد العدل للمرتهن عندنا^(١) لأنه يملك اخراجه متى شاء
ويبطل الرهن •

٢٤٣٧ - فان باع العدل العبد الرهن وذهب الثمن كله او بعضه قبل القبض
جاز في قول ابي حنيفة ومحمد •

٢٤٣٨ - وقال أبو يوسف والشافعي هبة الوكيل الثمن قبل القبض باطلة ،
كما لو وهب بعد القبض •

فصل

٢٤٣٩ - وإذا ادعى رجل الرهن والآخر الشراء والرهن في يدى الراهن
فينة المشتري أولى •

٢٤٤٠ - وان كان في يدى المرتهن فالمرتهن أولى به ، الا ان يقيم المشتري
البينة انه قبل ، ويقدم الاول في العقدين معا على الآخر ايهما كان •

فصل

٢٤٤١ - وإذا ادعى الرجل على غيره انه رهنه هذا العبد بألف ، وهو في
يدى المدعى عليه والآخر ينكر ذلك قبل بينة الراهن •

٢٤٤٢ - وان هلك لزمه جميع قيمة العبد لأنه صار بالجحود غاصبا فلزمه
جميع قيمته •

(١) أي أن حيازة الرهن للمرتهن والعدل يحوز الرهن باليابة عن المرتهن
اذ المرتهن هو الحائز الاصلي •

فصل

٢٤٤٣- وإذا رهن عند صبي لا يعقل القبض فالرهن باطل ، فإن كبر وبلغ جاز بيعه « بتسليط الراهن عند ابي يوسف ومحمد^(١) » وذكر الخصاص انه لا يجوز عند ابي حنيفة البيع بعد الكبر لأنه لم يصح الرهن •

فصل

إبراء المرتهن الراهن

٢٤٤٤- وإذا أبرأ المرتهن الراهن من الدين أو وهبه والرهن في يديه فتلغ قبل رده على الراهن من غير تعد فلا ضمان على المرتهن عند ابي حنيفة ومحمد وابي يوسف •

٢٤٤٥- والقياس ان يضمن قدر الرهن وهو قول زفر بن الهذيل •

فصل

٢٤٤٦- وإذا تطوع الرجل بفضل ثمن المبيع أو طلاق الزوجة ثم استحق المبيع أو رد بيع أو طلقت المرأة قبل الدخول فإن المتطوع يرجع بما له على البائع ويرجع الصداق اليه عند علمائنا الثلاثة •

٢٤٤٧- وقال زفر يرجع على الزوج والمشتري دون المتطوع بذلك •

فصل

جناية الرهن

٢٤٤٨- وان كان فيه فضل ففدى فهو متطوع ان كان الراهن حاضرا ، وان كان غائبا فليس بمطوع في رواية محمد عن ابي حنيفة •

٢٤٤٩- وروى الحسن عنه بالضد ان كان غائبا فهو متطوع وان كان حاضرا فليس بمطوع •

٢٤٥٠- وقال هو متطوع في الحالين •

فصل

٢٤٥١- وإذا رهن الأب أو الوصي مال اليتيم في دين نفسه جاز عند ابي حنيفة ومحمد •

(١) ما بين قوسين من نسخة قليج •

٢٤٥٢ - وروى عن ابى يوسف انه لا يجوز •

فصل

قضاء جزء من الدين الموثق برهن

- ٢٤٥٣ - واذا كان الرهن اعيانا كل عين بعشرة ففضى الراهن عشرة لم يكن له ان يأخذ من الرهن شيئا حتى يؤدي الجميع فى رواية الأصل •
٢٤٥٤ - وقال فى الزيادات له ان يأخذ ما أدى عنه •
٢٤٥٥ - ويقال هو قول محمد خاصة •

فصل

رهن أرض فيها نخل

- ٢٤٥٦ - واذا رهن أرضا فيها نخل بألف ، وقيمة الأرض وقيمة النخل مثل ذلك فاحترق النخل فالأرض رهن بخمسائة وسقط من الدين خمسمائة ، فان نبت فى الأرض نخل يساوى خمسمائة فان هذا النخل والأرض رهن بثلاثي الدين عند ابى حنيفة ومحمد ، ولا فرق بين ان ينبت من عروق الاول أو من الأرض •

- ٢٤٥٧ - وفى قياس ابى يوسف ان نبت من عروق الاول تكون الأرض والنخل رهنا بثلاثة أرباع الدين ، وان نبت من غير عروق الاول يكون رهنا بنصف الدين اذا نبت من الأرض •

فصل

- ٢٤٥٨ - واذا رهن العبد الجاني والمرتد فقتل فى يدي المرتهن وهو لا يعلم بما كان منه فهو من مال الراهن عند ابى حنيفة ، وكذلك اذا قطع فى السرقة •
٢٤٥٩ - وعند صاحبه يقوم حلال الدم وغير حلال ويغرم نقصان ذلك من الدين كما قال فى البيع •
٢٤٦٠ - ولو ضرب حداً أو عزز فنقص قيمته ذهب من الدين بحسب ذلك فى قولهم جميعا •

فصل

رهن أحد المتفاوضين

- ٢٤٦١ - ورهن أحد المتفاوضين جائز كما تجوز كفالته .
- ٢٤٦٢ - وإذا ادعى الرهن فهو لنفسه وعندهما لا يجوز .

فصل

جناية ولد الرهن

- ٢٤٦٣ - وإذا جنى ولد الرهن جناية فدفع بها لم يطل من الدين شيء .
- ٢٤٦٤ - وإن فقأت الأم عيني الابنة فدفعت بها ، وأخذت الابنة مكانها فالابنة رهن بالدين كله ، وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف .
- ٢٤٦٥ - وقال محمد تكون رهنا بحصتها ويسقط من الدين بمقدار نقصان العينين ، والخيار إلى الراهن أن شاء افتكها وإن شاء تركها فإن فقأت الابنة عيني الأم بعد ذلك فدفعت وأخذت الأم قياس قول أبي حنيفة وأبي يوسف ينبغي أن تكون رهنا بجميع الدين .
- ٢٤٦٦ - وفي القياس يسقط من الدين بحسب ذلك من العينين .
- ٢٤٦٧ - وفي قول محمد ينبغي في القياس أن يسقط مما بقي من الدين نقصان العينين .
- ٢٤٦٨ - وفي الاستحسان أن يسقط نقصان العينين من جميع الدين .
- ٢٤٦٩ - وفي هذا الباب عجائب من المسائل .

باب رهن الفضة والذهب وذوات الأمثال

- ٢٤٧٠ - وإذا ارتهن قلب^(١) فضة فيه عشرة دراهم ، وقيمة القلب أقل من عشرة فانكسر عند المرتهن فإنه ضامن لقيمته مصوغا من الذهب ويكون القلب له ويرجع بماله .

(١) في لسان العرب في مادة (قلب) : القلب من الاسورة ما كان قلدا واحدا ، ويقولون سوار قلب ، وقيل سوار المرأة ، والقلب الحية البيضاء على التشبيه بالقلب من الاسورة .

٢٤٧١ - وإن كان المال الى أجل كان الذهب الذى غرم المرتهن رهنا مكانه .
٢٤٧٢ - ولو لم ينكسر ولكنه هلك فانه يذهب بما فيه عند ابي حنيفة .
٢٤٧٣ - وقال أبو يوسف ومحمد يكون على المرتهن قيمته من الذهب ويكون رهنا مكانه ويرجع بما له .

٢٤٧٤ - وهذا قولهم فى الأصل .
٢٤٧٥ - وقال الكرخي فى المختصر الذى له :
إذا ارتهن الرجل دراهم بيضاء والرهن سوداء ووزن الدين والرهن سواء فهلك الرهن فهو بالدين .

٢٤٧٦ - وكذلك لو كان قلبا ووزنه عشرة يساوى للصنعة اثني عشر .
أو يساوي تسعة وهو رهن بعشرة فان هلك فهو بجميع الدين ، وهو بما فيه .
٢٤٧٧ - وإن انتهشم القلب فى يد المرتهن من غير فعله أو انكسرت الدراهم فان المرتهن لا يضمن شيئا ، ويقال للراهن أد الدين كله وخذ الرهن ، وهو قول ابي حنيفة ، وهو قياس قول زفر ، رواه الحسن وابو يوسف .
وقال محمد فى الزيادات هو قياس قول ابي حنيفة ورواه ابن سنانة فى الأمالي ونوادره .

٢٤٧٨ - وقال أبو يوسف ومحمد : إذا كان الرهن مساويا للدين الذى هو رهن به فى الوزن أو فى الرهن فضل عن قيمته فهلك فهو بما فيه .
٢٤٧٩ - وهذا قولهم جميعا .

٢٤٨٠ - وإن كان الفضل فى الوزن والرهن انقص قيمة ، وهما سواء فى الوزن فهلك فان أبا يوسف قال :
إن كان الرهن دراهم أو دنانير أو ماله مثل ضمن مثله للراهن ورجع بدينه .

٢٤٨١ - وكذلك قال محمد فى المصنوع وغيره .
٢٤٨٢ - فإن رضى المرتهن أن يجعل ذلك الرهن قصاصا بالدين إذا كان يفرم مثله فذلك له .

٢٤٨٣ - قال الكرخي رحمه الله :

- وهو عندى قول محمد ، ولا ينبغي ان يكون فى الفصل خلاف •
- ٢٤٨٤ - وكذلك رهن المكيل بجنسه والموزون بجنسه •
- ٢٤٨٥ - وان كان الرهن فضة بفضة أو ذهباً بذهب فانكسر فى يد المرتهن من غير فعله ، وهو أكثر قيمة من الدين فهو فى قول أبى حنيفة على ما ذكرت لك ولا يلتفت الى الوزن الفاضل اذا كان الوزن سواء ، وانما يعتبرون^(١) فى الدين وزن الرهن ، فإذا كان سواء فالرهن على حاله •
- ٢٤٨٦ - وقال أبو يوسف ، اذا كان الفضل لصناعته والفضل سدس القيمة فانكسر فروى محمد عن أبى حنيفة ان خمسة اسداس القلب مضمون من الوزن والامانة وهو رواية محمد عن أبى يوسف •
- ٢٤٨٧ - وروى عنه بشر بن الوليد انه يضمن قيمة القلب كله ومثله فى كل المصوغ •
- ٢٤٨٨ - وفى كتاب الرهن عجب من المسائل وهو كتاب كبير وما فيه من الخلاف قد ذكرته ومسائل التفريع لا يمكن ذكرها اجمع •

فصل

- ٢٤٨٩ - وجناية الرهن على الراهن او على ماله هدر فى قولهم جميعا •
- ٢٤٩٠ - وان جنى على المرتهن فهو هدر عند أبى حنيفة •
- ٢٤٩١ - وقال أبو يوسف ومحمد يجب الدفع او الفداء ، هذا اذا كانت قيمته والدين سواء •
- ٢٤٩٢ - وان كانت قيمته أكثر من الدين فان الجناية معتبرة فى قولهم جميعا •

فصل

- ٢٤٩٣ - ولو كان الرهن عبدا فجنى عليه بعد قيمته مائة فدفع به فهو رهن بألف [كذا] يجبر الراهن على فكأكه بذلك عند أبى حنيفة وأبى يوسف •
- ٢٤٩٤ - وقال محمد الخيار الى المولى ان شاء سلمه بالدين وان شاء افتكه •

(١) كذا فى النسختين •

٢٤٩٥ - وقال زفر سقط من الدين تسع مائة ويفتكه بمائه •

فصل

رهن المستعار

٢٤٩٦ - واذا استعار رجل من رجل ثوبا او عبداً او ما شاء من الاموال ليرهنه فذلك جائز ، وله ان يرهنه بما احب من الاموال او بما شاء من القدر قليلا كان او كثيرا •

٢٤٩٧ - واذا أطلق الرجل القول ولم يعين ففي هذه المسألة خلاف الشافعي في جواز ذلك في أحد قوليّه •

فصل

٢٤٩٨ - رجل له على آخر مائة درهم فاعطاء رهنا وقال هذا رهن ببعض مالك فالرهن فاسد في قول زفر ويهلك بالقيمة •

٢٤٩٩ - وقال أبو يوسف يهلك بما شاء المرتهن •

فصل

٢٥٠٠ - رجلان لهما على رجل دين فارتبنا منه رهنا^(١) بينهما فقضاهما ثم قال أحد المرتهنين ان المال الذي لنا على فلان باطل والارض في ايدينا تلجئه قال أبو يوسف يبطل الرهن •

٢٥٠١ - وقال محمد : لا يبطل الرهن ويبرأ من حصة صاحبه •

فصل

ما يجوز به الرهن من الديون والأعيان

٢٥٠٢ - ولا يجوز الرهن الا بدين صحيح او عين مضمونة ولا يجوز بالامانات كالعواري والمضاربة والشركة والودائع •

٢٥٠٣ - واذا قد ذكرنا بعض المسائل في الرهن فوجب ان نذكر التفليس والحجز لانه اسقاط حق واثبات رجوع في أمر فكان ذكره بعد الرهن أولى بالتقديم على الحجز^(٢) •

(١) في نسخة قليج : أرضا •

(٢) عبارة «على الحجز» لم ترد في نسخة قليج •

كتاب التفليس^(١)

٢٥٠٤ - والمفلس بالثمن في حال حياته ، واذا مات مفلساً فوجد رجل عين ماله الذي باعه فهو اسوة القرماء ، ولا يكون أحق به في حال الحياة ولا بعد الموت .

٢٥٠٥ - وان أفلس المشتري قبل قبض السلعة من البائع فانها تباع له .
٢٥٠٦ - وقال الشافعي يرجع في سلعته في جميع الاحوال في الحياة والموت مالم يزد فيها أو يخرج عن ملكه .

٢٥٠٧ - وقال مالك : يرجع في الحياة دون الموت ، لأنه اسقط حقه عن الملك بالبيع ، وعن الجبس بالتسليم فلا يثبت له رجوع فيه كالمرتهن اذا رد الرهن وابطله وكما لو باعه او زاد فيه او نقص نقصا تعلق به حق الغير .

فصل

قاعدة التنفيذ جبراً على المدين المتمنع

٢٥٠٨ - واذا امتنع من عليه الدين من قضائه حبسه القاضي ، ويكلف ان يبيع ماله بنفسه وكان القياس ان لا يقضي عنه الدراهم في الدنانير وهو مذهب ابن ابي ليلى .

٢٥٠٩ - وقال أبو يوسف ومحمد : يبيع القاضي عليه اذا امتنع .

٢٥١٠ - وهو قول الشافعي .

(١) جاء في لسان العرب في مادة فلس : أفلس معروف والجمع في القلة أفلس ، وفلوس في الكثير . . . وأفلس الرجل صار ذا فلوس بعد أن كان ذا دراهم يقلس أفلاسا ، صار مفلسا ، كأنما صارت دراهمه فلوسا زيوفا ، كما يقال : أخبث الرجل اذا صار أصحابه خبيثاء ، واقطف صارت دابته قطوفا .

وفي الحديث : «من ادرك ماله عند رجل قد أفلس فهو احق به» .
أفلس الرجل اذا لم يبق له مال ، يراد به انه صار الى حال يقال فيها ليس معه فلس ، كما يقال : أقهر الرجل صار الى حال يقهر عليها وأذل الرجل صار الى حال يذل فيها .

وقد فله الحاكم تفليسا : نادى عليه أنه أفلس . . . وحب فلس لا نيل

فيه .

فصل

البينة على الأعراس

- ٢٥١١ - ولا تسمع بينة بأعراسه قبل المدة في رواية •
- ٢٥١٢ - وفي أخرى تسمع ، وقد مضت في أول الكتاب •

لا يمين مع البينة على الأعراس

- ٢٥١٣ - ولا يمين عليه اذا أقام بينة بالأعراس •
- وقال الشافعي يحلف مع ذلك •

الظفر^(١) بجنس الحق

- ٢٥١٤ - وقالوا جميعا : لو وجد رجل جنس حقه عند غريمه فله أخذه بحقه^(١) •
- ٢٥١٥ - وإن كان غير جنسه لم يأخذه عندنا إلا برضائه •
- ٢٥١٦ - وقال الشافعي له أخذه •

فصل

قاعدة

- ٢٥١٧ - واتفق الفقهاء بأسرهم انه اذا لم يجد ماله بعينه فإنه أسوة الغرام •
- ٢٥١٨ - وكذلك ان رجع اليه بملك جديد •

فصل

- ٢٥١٩ - ولو باعه حائطاً - وهو البستان بلغة الحجاز - لا ثمرة فيه ، أو أرضاً لا زرع فيها ثم أفلس المشتري ، وكان قد أثمر أو زرع ، فإن كان النخل قد

(١) جاء في لسان العرب : الظفر بالفتح الفوز بالمطلوب والفلح على من خاصمت ، وقد ظفر به وعليه وظفروه ظفراً مثل لحق به فهو ظفر ، وظفروه الله به وعليه وظفروه به تظفيرا ، ويقال ظفر الله فلانا على فلان ، وكذلك اظفروه الله ، ورجل مظفر وظفر وظفير : لا يحاول أمراً إلا ظفر به •

- (١) أخذ القانون المدني العراقي بهذه القاعدة في المادة ٣٩١ •

أبر والأرض قد زرعت كان له الخيار في الأرض والنخل ، ويبقى الثمار الى الجذاذ^(١) والزرع الى الحصاد اذا أراد الغرماء تأخير ذلك ، وان أراد الغرماء بيع الثمرة قبل الجذاد والزرع قبل الحصاد فلهم ذلك •

٢٥٢٠ - وكذلك لو باع أمة فولدت ثم أفلس كانت له ان شاء والولد للغرماء

وان كانت حبلى كانت له حبلى •

٢٥٢١ - واذا لم يؤثر حتى أفلس فلم يخبر (٢) البائع حتى ابرت كان له النخل دون الثمرة لانه لا يملك عين ماله الا بالفلس ولا خيار له ، وكذلك كل ما كان يخرج من ثمر النخل في الاكام فتشقق كمائمه وما يشبهه ، فاذا انشق قبل النخل وان لم يؤثر •

فصل

٢٥٢٢ - ولو قال المالك : أخذت عين مالى قبل الابيار ، وقال المفلس بعده فاقول قوله مع يمينه ، وعلى البائع البينة • وان صدقه الغرماء لم اجعل لهم شيئاً لأنهم أقرؤا انه للبائع •

فصل

٢٥٢٣ - وان صدقه المفلس وكذبه الغرماء فمن اجاز اقراره اجازه ومن لم يجزه ، لم يجزه واحلف الغرماء الذين يدفعونه ، وان وجد بعض ماله كان له بحصته ، ويضرب مع الغرماء في بقيته •

فصل

٢٥٢٤ - وقال : وان كانت أرضاً فبنيت أو غرست خيرته بين ان يعطى مابنى وعرس وبين ان يسلم البناء والعرس للغرماء الا ان يشاء المفلس والغرماء ان يقلعوه ويضمنونه ما نقص القلع والنقص فيكون لهم ، وقال فى موضع آخر ان لم يأخذ بالعمارة وابى الغرماء ان يقلعوه لم يكن له الا الثمن يحاص الغرماء به •

٢٥٢٥ - قال المزنى والاول بقوله اشبه واولى •

وفى هذا الكتاب مسائل كثيرة واصوله ما ذكرت ، ولما كان المفلس تارة يقضى الدين وتارة يباع عليه ، وتارة يحجر عليه وجب ذكر الحجر •

كتاب الحجر

٢٥٢٦ - الحجر في اللغة المنع وهو في الشرع منع مخصوص (١) .

أسباب الحجر

٢٥٢٧ - وأسباب الحجر عند أبي حنيفة ثلاثة :

الجنون والصغر والرق الذي فيه معنى الحجر لكن لأجل حق المولى ، فمما لا يتعلق به حق المولى فإنه جائز التصرف فيه .

٢٥٢٨ - واختلف الفقهاء في الحجر لأجل الفساد والتبذير .

٢٥٢٩ - فذكر الطحاوي في باب الحجر على السفیه الذي في عقله نقصان وفي أفعاله اسراف وتبذير وهو مضیع للمال لا یحفظه ولا یحسوطه ان القاضي یحجر علیه .

٢٥٣٠ - وانما قال أبو حنيفة لا یحجر حر فی الدین أى لا یحجر على من حبسه القاضي للغرماء ، وروی عنه ابو یوسف ومحمد انه لا یحجر على حر بفساد ولا غیره ، وهذا قوله فی الخلاف ، والذي رواه الخصاف انه قال الحجر باطل على الحر .

٢٥٣١ - واما ابو یوسف ومحمد ومالك والشافعي فيحجرون على السفیه .

(١) الحجر ساکن مصدر حجر علیه القاضي یحجر حجراً اذا منعه من التصرف في ماله . . . ومنه حجر القاضي على الصغير والسفيه .
حجر علیه یحجر حجراً وحجراً وحجراً وحجراً وحجراً ، ولا حجر عنه أى لا دفع ولا منع .
والعرب تقول عند الامر تنكره . . حجراً له بالضم أى دفعا ، وهو استعارة من الامر (لسان العرب) .

وتعريف الحجر شرعاً بأنه منع مخصوص هو أوجز تعريف للحجر . وقد فصل الكاكي في معراج الدراية في شرح الهداية هذا التعريف بعد ذلك بقوله أنه «منع مخصوص» ، وهو المنع من التصرف قولاً لشخص معروف مخصوص ، وهو المستحق للحجر بأي سبب كان» (انظر في سائر التعريفات الفقهية كتاب الحجر على المدين لحق الغرماء في الفقه الاسلامي والقانون المقارن للدكتور احمد علي الخطيب بند ٤٢) .

من يحجر عليهم عند أبي حنيفة

٢٥٣٢ - وذكر ابو الليث السمرقندي في خلاف اصحابنا له^(١) ان ابا حنيفة كان لا يحجر على الحر الا على ثلاث :

على جهال المفتين •

وعلى المتطية الجهاد •

وعلى السفهاء المقاليس

٢٥٣٣ - واتفقت الرواية عنه ان الغلام اذا بلغ مفسداً انه لا يدفع اليه ماله حتى يبلغ خمسا وعشرين سنة^(١) •

٢٥٣٤ - وقالوا والشافعي ومالك لا يدفع ، وانه ان باع بعد بلوغه واشترى أو وهب أو تصدق فهو جائز ما صنع ، وانه يحال بينه وبين ماله الى المدة التي ذكرت وان تصرفه مع هذا بالبيع جائز ويدفع اليه المال مع فسادة بعد هذه المدة المضروبة ويكون اولى بماله من سائر الناس •

٢٥٣٥ - قال أرأيت لو بلغ ستين سنة او ثمانين سنة ، وله أولاد قد صاروا حكاما أكان ينبغي لابنه ان يحجر عليه ؟ هذا عندى قبيح :

وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي لا يدفع اليه المال حتى يؤنس رشده •

٢٥٣٦ - وقالوا : ما باعه واشتراه نظر القاضي في ذلك فاجاز ماله فيه حظ وابطل ما لاخط له فيه الا في اشيء منها انه يخرج من ولاية القاضي ولا يجوز أمر الوصى عليه ويجوز عتقه ويسعى العبد في قيمته ، وكذلك تدبيره ويسعى العبد المدبر بعد موته وتجوز وصيته بالحج وابواب البر واقاراره بجميع الحدود وتجوز دعوته ولد جاريته وتصير أم ولد له ، وتسعى في شيء بعد موته •

(١) الظاهر ان هذا اشارة الى مختلف الرواية المنسوب لابي الليث فان صح هذا فهذه اقدم اشارة الى نسبة هذا الكتاب لابي الليث •

(١) ان هذه السن هي سن البلوغ التي يدفع بها المال للصغير في القانون الرومي أيضا ففي هذا الحد يتفق قول ابي حنيفة مع القانون الرومي ويتفق الشرع الاسلامي مع القانون الرومي في نظام ايتام أموالهم تجربة لهم قبل سن الرشد على وجه النظر وهذا هو النظام المسمى في القانون الرومي بنظام « فينيا ايتاتيس » •

٢٥٣٧ - وان ادعى نسب مملوك له يولد مثله لمثله صحت دعوته وثبت نسبه ويسعى في قيمته وهو بمنزلة مريض وهب له ابنه وعليه دين له يسعى في قيمته ، ويدفع الى الفرءاء .

٢٥٣٨ - ويجوز نكاحه وطلاقه ، وان حنت في يمين كفر بالصوم ، ولم يكن عليه ان يكفر في ماله ، وكذلك ان ظاهر فعله الصوم وان اعتق عن ظهارة جاز العتق وسعى العبد ولم يجزه من كفارة الظهار ، وكذلك القتل .

٢٥٣٩ - ولا يمنع من حجة الاسلام وزكاة ماله ، وتدفع النفقة الى نفقة يحج فينقق عليه جميع ما يلزمه في كفارات الحج فهو فيها كالعبد الذي يحج بأذن مولاه .

٢٥٤٠ - والمرأة والرجل سواء الا في الخلع مع زوجها على مال فان الخلع جائز ولا يلزمها المال .

من بلغ مفسداً كان محجوراً لذاته

٢٥٤١ - وقال محمد :

اذا بلغ مفسداً غير مصلح فهو محجور عليه ، حجر القاضي أو لم يحجر .
ولا يجوز تصرفه في ماله الا ما فيه توفر عليه .

من بلغ مفلساً لا يعد محجوراً لذاته

٢٥٤٢ وقال ابو يوسف والشافعي :

لا يكون محجوراً عليه حتى يحجر القاضي ، فاذا طرى اصلاح فك الحجر واذا طرى الفساد حجر .

تصرف المحجور في ماله

٢٥٤٣ - واجمع القائلون بالحجر على انه الا يجوز تصرفه في ماله .

٢٥٤٤ - وقال محمد :

ان امره القاضي بيع او شراء فقبل فهو جائز ، وكان أمر القاضي اخراجا له من الحجر .

٢٥٤٥ - وان اذن في شراء البر خاصة فهو اطلاق من الحجر .

- ٢٥٤٦ - ولو اذن بمحضر من أهل سوقه وقال :
- لا أقبل إقراره وأقبل ما كان بمعاينة الشهود فهو كما قال •
- ٢٥٤٧ - وقالوا في الصبي المأذون والعبد لو قال الولي والمولى ذلك لم يصح ولزمهما ما أقر ، لأن المفسد يؤذن له على وجه النظر والتوفير عليه •

تكامل أهلية المرأة بالبلوغ

- ٢٥٤٨ - وقال أصحابنا : اذا بلغت الجارية رشيدة دفع اليها مالها وان لم تتزوج •
- ٢٥٤٩ - وهو قول الشافعي ، لان الله سوى بينها وبين الغلام •

خلاف مالك في أهلية المرأة

- ٢٥٥٠ - وقال مالك :
- لا يدفع اليها حتى تتزوج •
- ٢٥٥١ - ولو كان تزويجها شرطاً في الدفع كان الغلام مثلها كالعقل والبلوغ •

مدة البلوغ

- ٢٥٥٢ - وقال أبو حنيفة :
- مدة البلوغ في الغلام ثمان عشرة سنة وفي الجارية سبع عشرة سنة •
- ٢٥٥٣ - وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي خمس عشرة فيهما •

إمارات البلوغ

- ٢٥٥٤ - ويكون البلوغ بالسن كما يكون بالحلم •
- ٢٥٥٥ - وقال داود لا يكون البلوغ الا بالحلم خاصة دون السن •
- ٢٥٥٦ - والاثنيان لا يدل على البلوغ عند أبي حنيفة ومحمد •
- ٢٥٥٧ - وروى عن أبي يوسف انه يدل على البلوغ وهو قول الشافعي •
- ٢٥٥٨ - وهل يكون بلوغاً أو دلالة عليه ؟
- فيه خلاف بينهم

الحجر بطرؤ السفه

٢٥٥٩ - وإذا طرئ السفه والتبذير على الحجر لم يحجر عليه ، وقال الشافعي يحجر ، وهو قولهما •

هل يحجر بطرؤ الفسق؟

٢٥٦٠ - وإذا طرئ الفسق على الرجل لم يحجر عليه •

٢٥٦١ - وقال الشافعي يحجر •

٢٥٦٢ - وكل ما كان من تصرف قبل ذلك فهو جائز ، وما كان بعد ذلك لم يجز •

٢٥٦٣ - والفساد الذي يستحق به الحجر [هو فعل] من كان مفسداً لماله لا يبالى ما صنع به •

حالة الفساد مع حفظ المال

٢٥٦٤ - وقال أصحابنا إذا كان فاسد الدين صاحب فجور حافظاً لماله لم يستحق الحجر ، وقال الشافعي يحجر •

٢٥٦٥ - وقال محمد :

يحجر على من اسرف من الرجال في تضييع ماله في شرب النبيذ والملاهي والفجور •

فصل

إطلاق القاضي محجور قاضٍ آخر

٢٥٦٦ - وإذا حجر القاضي على رجل فاطلقه قاضٍ آخر وأجاز ما صنع كان إطلاقه جائزاً ، وأجاز ما صنع في ماله قبل الإطلاق وبعده من جميع تصرفه إلا ما أبطله قاضٍ قبل ذلك من عقود فانه ينفذ قضاؤه •

٢٥٧٦ - وإن لم يفعل القاضي ذلك وأجاز أقرار المحجور عليه وضعه ثم رفع إلى قاضٍ آخر فانه ينفذ ما صنع الأول ويرد ما فعل الثاني •

٢٥٦٨ - وان باع المفسد وقبض الثمن لم يكن لمن دفع المال اليه ان يرجع عليه بماله .

٢٥٦٩ - والسفيه والمفسد سواء في الحجر عليهما .

٢٥٧٠ - وقال محمد لا يجوز ان يزوج ابنته واخته وهما صغيرتان فان فعل فهو فهو باطل ، ولا آراء وليا^(١) .

(١) هذه هي مسألة سقوط ولاية الولي على المولى عليه بالفسق ولم ينفرد بالقول بسقوطها محمد بن الحسن الشيباني وقد حكمت المحكمة الشرعية في الاعظمية في حكم حديث صادر في ٢٦-٤-١٩٧٠ بسقوط ولاية الاب على اولاده الصغار بثبوت فسقه بالاقرار وما اليه وجاء في قرار المحكمة المذكورة :

وبالرجوع الى امهات المصادر الفقهية في المذهب الحنفي وغيره من المذاهب الاسلامية وجد انها تجمع على ان الفاسق لا حضانة له وقد جاء أولا [في] رد المحتار لشرح الدر المختار لابن عابدين ج ٢ ص ١٠٥١ (ثم العصبات في ترتيب الارث يتقدم الاب ثم الجد ثم الاخ الشقيق ٠٠٠ واذا اجتمعوا فالاورع ثم الاسن ٠٠٠ سوى فاسق) ثانيا - فتح القدير للكمال بن الهمام ج ٣ ص ٣١٦ (ولو كانت المحارم من الاخوة والاعمام من لا يؤمن على صبي أو صبية لفسقه ليس له حق الامساك) .

ثالثا - بدائع الصنائع للعلامة علاء الدين الكاساني ج ٤ ص ١٤٣ - (اذا كان الصغير جارية ان تكون عصبته ممن يؤمن عليها فان كان لا يؤمن لفسقه ولخيانة لم يكن له فيها حق لان كفالته لها ضرر عليها وهذه ولاية نظر فلا تثبت مع الضرر .

رابعا - تبين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعي ج ٣ ص ٥٠ (اذا كان لها عصبية مفسد فللقاضي ان ينظر في حالها) .

خامسا - شرح الاحكام الشرعية للابيانى ج ٢ ص ٧١ (واذا كان العاصب المسلم فاسقا يخشى على الولد منه او كان متصفا بوصف يوجب ضياع الولد وعدم القيام بشؤونه فلا حق له في الحضانة بل ينتقل الى من يليه من العصباب اذا كان والا فالى ذى رحم محرم) . وقال ص ٧٠ (فان تساوا في الاصلحية قدم اورعهم وهو من يترك الشبهات خوفا من الوقوع في المحرمات) وهذه الكتب كلها من الفقه الحنفي .

سادسا - في الفقه الشافعي نهاية المحتاج شرح المنهاج للرملي ج ٧ ص ٢١٨ (ولا حضانة لرقيق أو مجنون ٠٠ وفاسق لانها ولاية . نعم يكفي مستورها كما قاله ولا يكلف اثبات العدالة ، أى حيث وقع النزاع بعد التسلم فان وقع قبله احتاج المدعي الى اثباتها ويحمل عليه افتاء المصنف) .

سابعاً - المذهب للشميرازي ج ٢ ص ١٦٩ (ولا تثبت الحضانة لرقيق ...
ولا تثبت لفاسق ، لانه لا يوفي الحضانة حقها ولأن الحضانة انما جعلت لحظ
الولد ، ولا حظ للولد في حضانة الفاسق ، لانه ينشأ على طريقته) .
ثامناً - في الفقه المالكي المدونة لابن رشد ج ٢ ص ٢٥٩ (فصل وانما اختلف
الناس في الاولى من الاولياء اذ اختلفوا في كفالته وتنازعوا في ذلك والاولياء
الذين لهم الحضانة عصبتهم من الرجال وقرابته من النساء الخ ٠٠ فصل وهي
اعني الحضانة مرتبة فيه يحسب الحنان والرفق لا يرأى في ذلك قوة الولاية
كالنكاح ٠٠٠ الخ) .

تاسعاً - شرح الخرشي على مختصر خليل ج ٤ ص ٢١١ (وشرط الحاضن ...
والامانة يعني ان الحاضن من حيث هو ولو كان ابا أو أما يشترط فيه ان يكون
مأموناً في نفسه قرب أب شريب يذهب يشرب ويترك ابنته ٠٠٠ فيأخذها منه
الأبعد يقصد الولي الأبعد .

عاشراً - القوانين الفقهية لابن جزي ج ١ ص ٢٢٤ ط فاس (اذا استوطن
الوالد أو غيره من أولياء الصبي بلداً غير بلد الام فله حضانة اولاده دونها ، ونقلهم
معه ان كان مأموناً عليهم .

حادى عشر - في الفقه الحنبلي منتهى الارادات في جمع المقنع مع التنقيح
وزيادات لتقي الدين محمد بن أحمد الفتوحى الحنبلي ج ٢ ، ص ٣٧٨ (ولا حضانة
لمن فيه رق ولا لفاسق ولا كافر على مسلم ٠٠ الخ) .

ثاني عشر - المحرر في الفقه على مذهب الامام أحمد بن حنبل لابن البركات
ج ١ ص ٣٤٦ (والولاية ٠٠٠ قبل ذلك للاب مالم يعلم فسقه ثم لو صبه بهذا
الشرط ثم للمحاكم) .

ثالث عشر - المغنى لابن قدامة ج ١١ ص ٥٢١ (لاحضانة لرقيق ولا فاسق
ولا كافر على مسلم ٠٠٠ والحضانة انما تثبت لحظ الولد فلا تشرع على وجه يكون
فيه هلاكه وهلاك دينه) .

رابع عشر - كشاف القناع ج ٢ ص ٢٢٣ (او كان الاب موجوداً أو فقد شيء
من الصفات المعتبرة فيه تثبت الولاية عليها لحاكم) .

خامس عشر - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدسوقي ج ٢ ص ٥٢٨ ٠٠
(وشرط الحاضن ٠٠٠ والامانة أى امانة الحاضن ولو ابا أو أما فى الدين فلا
حضانة لفاسق كشريب ومشتهر بزنا ولهو محرم ٠٠٠ الخ) .

سادس عشر - أحكام التصرف عن الغير بطريق النيابة للاستاذ أحمد
ابراهيم ص ٥٣ قال : (اذا كان الاب مقامراً أو سكيراً مدمناً ٠٠٠ وجب أن يحال
بينه وبين النظر فى شؤون اولاده نفساً ، ويجب فى هذه الحالة على الامة كلها
وجوباً كفاً بحكم الحسبة عمل ما فيه الخير لهؤلاء الضعفاء ومنعاً للفوضى ٠٠٠

ولا معنى للمجاملة ولو كان الاب من ذوى الجاه ومن البارزين والى المراكز العظيمة في الهيئة الاجتماعية ، ولتعمل هنا الشجاعة الادبية عملها كاملا وفق المصلحة وما يقضي به التضامن والتعاون على البر والتقوى وبعد فقد قال الله تعالى وهو خير القائلين (وليخش الذين لو تركوا من خلفهم ذرية ضعافا خافوا عليهم فليتقوا الله وليقولوا قولاً سديداً) ١٠١ هـ ص ٥٤ في الحاشية .

سابع عشر فى الفقه الامامى - كتاب مفاتيح الشرائع لملا محسن الفيض الكاشاني (مخطوط) ويشترط فيهما - الحاضنين - الحرية والاسلام والعقل اجماعاً ٠٠٠ والامانة أى علم ظهور الفسق (لعدم أهلية الفاسق للحضانة) الخ . ثامن عشر - الجواهر - للشيخ محمد حسن النجفي ص ٢٨٥ طبعة سنة ١٣٢٥ - (باعتبار ان الفاسق لا ولاية له ولا يؤتمن ان يخون في حفظه فلا حظ له في حضائنه) الى آخر ما نقل من خلاف فى هذه المسألة .

تاسع عشر - فى الفقه الظاهري المحلي لابن حزم ج ١٠ ص ٣٢٣ - ٣٢٤ ط المنيرية (واسا تقديم الدين فلقوله عز وجل) وتعاونوا على البر والتقوى ولا تتعاونوا على الاثم والعدوان) وقوله تعالى (كونوا قوامين بالقسط) وقوله تعالى (وذروا ظاهر الاثم وباطنه) فمن ترك الصغير والصغيرة حيث يدربان على سماع الكفر ويتمرنان على جحد نبوة رسول الله (ص) وعلى ترك الصلاة والاكل فى رمضان وشرب الخمر والانس اليها حتى يسهل عليهما شرائع الكفر او صحبة من لاخير فيه والانهماك على البلاء فقد تعاون على الاثم والعدوان ولم يعاون على البر والتقوى ولم يقم بالقسط ولاترك ظاهر الاثم وباطنه وهذا حرام ومعصية ، ومن أزالهما عن المكان الذى فيه ما ذكرنا الى حيث يدربان على الصلاة والصوم وتعلم القرآن وشرائع الاسلام والمعرفة بنبوة رسول الله والتنفير عن الخمر والفواحش فقد عاون على البر والتقوى ولم يعاون على الاثم والعدوان وترك ظاهر الاثم وباطنه وأدى الفرض فى ذلك) ٠٠٠

عشرون - فى الفقه الزيدى - البحر الزخار ج ٣ ص ٢٨٥ حق الحضانة ثابت اجماعاً ٠٠٠ ويبطل حق مستحقه بالجنون اذ لا يحفظ ، والرق اذ لا ولاية لها على نفسها وبأى فسق ، اذ لا امانة ولئلا تتغير الطباع ١ هـ .

حادى وعشرون - فى رأى المعاصرين - الاحوال الشخصية للعلامة الجليل الشيخ محمد أبى زهره ص ٤٩٠ (فان لم يكن عصبة صالح دفع القاضي القاصر ومن فى حكمه الى من يحافظ عليه ، ولا فرق فى هذه الاحكام بين الاب والجدة وغيرهما من العصبات ، لان شرط الامانة ولصلاح والقدرة على الحفظ والصيانة شرط عام ينطبق على الاب والجدة كما ينطبق على غيرهما) ٠٠ ثم قال : (فاذا كان الفقهاء يقولون ان الاب ينزع منه مال ولده ذا كان مبدراً متلفاً يخشى منه على مال ولده فاولى من ذلك اذ أدى فساده الى ان يخشى منه على الولد نفسه فانه منه ، ويعطى لمن يليه من العصبات) .

باب اختلاف المحجور عليه ومن عامله

٢٥٧١ - وإذا طرى الفساد وكان قد باع واشترى فاختلفا هو والمشتري ، فقال المشتري اشتريت قبل الحجر ، وقال المحجور عليه بل بعد الحجر على ، فالقول قول المحجور عليه (١) .

٢٥٧٢ - وإن أقام بينة فالبينة المشرى لانه يدعى الصحة .

٢٥٧٣ - وإن اختلفا بعد الاطلاق من الحجر ، فقال المشتري اشتريت بعد الاطلاق وقال الآخر بل وأنا محجور على ، فالقول قول المشتري ههنا اعتبارا بحاله الاطلاق .

٢٥٧٤ - وإن أقام بينة ، فمنهم من قال بينة المشتري اولى ، ومنهم من قال بالعكس ، وفي هذه المسألة نظر .
وسنذكر في الاقرار ما يشبه هذا ان شاء الله .

فصل

الإشهاد على الحجر

٢٥٧٥ - وإذا حجر الامام لسفه او فساد اشهد عليه بذلك وبين الوقت ان حجر .

ثاني وعشرون - الاحوال الشخصية للدكتور عبدالعزيز عامر ص ٢٨٤ (وانه نص في كتب الفقه في باب الحضانة والولاية على انه اذا تعارض حق الصغير من وجوب المحافظة عليه ودفع الضرر عنه ، مع حق أبيه في ضمه اليه ، وجب على القاضي بما له من الولاية العامة وبما له من حق الاشراف على أصحاب الولاية الخاصة . وحق النظر في أمور الكافة . رعاية حق الصغير بقدر ما يستطيع ولو ترتب على ذلك سقوط حق أبيه رعاية لارجع المصلحتين اذ ان حق الصغير في باب الحضانة مقدم شرعا على حق أبيه ولذلك نص الفقهاء على ضرورة سلب ولاية الاب عن الصغير في النفس والمال اذا كان في بقائها ضياع لنفسه أو ماله .
وإذا كان قانون الاحوال الشخصية العراقي لم ينص على هذا الحكم صراحة فانما تركه لاحكام الشريعة الاسلامية بمقتضى أحكام الفقرة الثانية من المادة الاولى منه وهذه هي أحكام الشريعة كما بسطناها أعلاه .

(١) لأن الاصل في تصرفات البالغ وعقود الصحة قبل الحجر عليه ويرتفع هذا الاصل بحكم القاضي بالحجر عليه .

فصل

طلب الحجر حسيبة^(١)

٢٥٧٦ - واذا احضر معه رجلا فذكر أنه يحتسب فيما يتكلم به ، فذكر للقاضي^(١) انه الذي احضره سفيه مضيع لماله مفسد له غير مأمون عليه ، سأله اليينة العادلة على ما قال .

٢٥٧٧ - فان أقام بينة حجر عندهما ، وعند الشافعي ، ولا يحجر عند ابي حنيفة الا ان يكون صغيرا .

سقوط الحجر بالبلوغ

٢٥٧٨ - والبلوغ يسقط الحجر بنفسه .

قاعدة ما ينبغي ذكره في حكم الحجر

٢٥٧٩ - واذا حجر ذكر في الكتاب صفة الرجل وانه مضيع مفسد .

ما يكتب في كتاب التولية على مال الصغير

٢٥٨٠ - واذا ولى امينا من امثله مال اليم ، والقيام به كتب : اني وليته الى حين بلوغه وايناس رشده .

ما يكتب في حكم الحجر بالدين

٢٥٨١ - واذا كان الحجر بسبب دين لرجل او ديون بين ذلك في كتاب الحجر^(١) .

(١) ان المحاكم المختصة بالحجر على السفه في العراق هي المحاكم الشرعية بالنظر لما جاء في الفقرة (٤) من المادة ٣٠٠ من قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ وقد جعلت المادة (٣٠٧) من هذا القانون « للقاضي ايقاع الحجر متى توافرت أسبابه دون خصومة أحد » . ووجب الفقرة الثامنة منها « على القاضي ، حين ينظر في قضية حجر لسفه » استدعاء المطلوب حجره « وسماع أقواله ودفعه فيما يتعلق بحجره » .

(٢) يمكن تخريج هذا بالنسبة لقانون المرافعات على ما تقرر في هذا القانون من وجوب بسبب الاحكام (م ١٥٩) .

فصل

٢٥٨٢ - وإذا باع المحجور عليه ماله لمن حجر عليه جاز ، وإنما لا يجوز مع غيره لأن الحق له عليه فهو كما لو قضاء اجزت ذلك وفككت الحجر •

مشاركة الغرماء من استوفى منهم شيئاً

٢٥٨٣ - وإن قضى بعض الغرماء شيئاً شاركه من بقى ، ولم يسلم له ذلك (١)

استهلاك المحجور عليه مالا لغيره

٢٥٨٤ - ولو استهلك لغيره مالا بمعاينة الشهود لزمه وشارك الغرماء •

فصل

إلزام المحجور بالاقتصاد

٢٥٨٥ - ولا يمكن أن يسرف في المأكول والملبوس بعد الحجر ولا في الحبس وإنما يجوز من ذلك ما فيه اقتصاد •

فصل

مهر من تزوجها محبوس بالدين

٢٥٨٦ - وإذا تزوج امرأة في الحبس فزاد على مهر مثلها كان لها أن تخاصم الغرماء بمقدار مهر مثلها ، وما زاد يلزمه فيما استفاد من المال ، ولا يلزمه فيما بين يديه •

فصل

٢٥٨٧ - وكذلك لو اشترى جارية لم يجز إلا ما فيه الحفظ والتوفير عليه •

(١) يمكن أن يخرج على أساس من هذا حكم الفقرة (٢) من المادة ٢٧١ م.ع

المحجور عليه كالمریض

٢٥٨٨- وهو كالمریض فی امره وفعله •

فصل

الحجر علی المدین المختفی

٢٥٨٩، وإذا اختفی المطلوب فقال الطالب :

- أخاف أن یلجأ ماله فأحجر ایها القاضي علیه حجر أن كان المال ثابتا
- وأن كان غیر ثابت لم یحجر •

فصل

إقرار المحجور علیه بدین

٢٥٩٠- وإذا أقر بدین بعد الحجر لم یقبل الا بینة تشهد انه كان علیه

قبل الحجر^(١) •

فإذا قضی الاول قضی بعد ذلك الثاني •

٢٥٩١- ویجوز إقراره فیما یتستفید من المال^(٢) •

٢٥٩٢، ولا یجوز فی المال الذی حجر علیه الغرماء •

٢٥٩٣- وفی هذا الکتاب کل غریب من المسائل وهو کتاب کبیر لا تستقیم

فیه الفروع علی قول من أجاز الحجر لاختلاف فروعه علیه واضطراب المسائل ، وقد ذكرت ما فیه کفاية وضبطت له الاصول ، والله ولی التوفیق •

(١) بهذا ایضا المادة ٢٧٤ م٠ ع٠

(٢) یفهم من هذا أن الحجر فی المذاهب الحنفی لا یسرى الا علی أموال المحجور القائمة عند الحجر علیه دون ما یتستفیده فی المستقبل ، وهذا ایضا هو المعنی المستفاد من المادة (٢٧٠ م٠ ع٠) • وقد ذهب الی مثل منذهب الحنفیة المالکیة وظاهر منذهب الزیدیة واحد قولی الشافعیة وذهب الی تعدی اثر الحجر الی أموال المحجور الحادثة بعد الحجر فقهاء آخرون وهذا هو منذهب الحنابلة وجمهور فقهاء الجعفریة وظاهر منذهب الاباطیة والقول الراجح فی منذهب الشافعی (انظر تفصیل هذه المذاهب فی کتاب الحجر علی المدین لحق الغرماء للدكتور أحمد علی الخطیب بند ٢٨٩ وما بعده) •

كتاب الضمان والكفالة^(١)

تعريف

٢٥٩٤- والضمان ضم ذمة الى ذمة •

٢٥٩٥- والكفالة مثل ذلك •

٢٥٩٦- ولا فرق بين الكفالة والضمان والحماية والقبالة^(١) •

(١) جاء في لسان العرب في مادة ضمن : الضمين الكفيل ، ضمن الشيء وبه ضمنا وضمانا كفل به ، وضمنه اياه كفله ، ابن الاعرابي : فلان ضامن وضمين وضمن وضمنين وباضر ونضير وكافل وكفيل ، يقال ضمننت الشيء أضمنه ضمنا فأنا ضامن وهو مضمون وجاء في مادة كفل ان الكفل الحظ والضعف من الاجر والاثم وعم به بعضهم والنصيب والكافل العائل كفله يكفله ، وكفله اياه ، وفي القرآن العزيز وكفلها زكريا ، وقد قرئت بالثقل ونصب زكريا • وذكر الاخفش انه قرئ وكفيلها زكريا بكسر الفاء • والكافل القائم بأمر اليتيم المربي له ، وهو من الكفيل الضمين • ومنه حديث « الرب كافل » الرب زوج أم اليتيم لانه يكفل تربيته ويقوم بأمره مع أمه • والكافل والكفيل الضامن والانثى كفيل أيضا وجمع الكافل كفل وجمع الكفيل كفلاء • وقالوا قال للجمع كفيل كما قيل في الجمع صديق • وكفل المال بالمال ضمنه ، وكفل بالرجل يكفل كفلا وكفولا وكفالة وكفل وتكفل به كله ضمنه وكفله اياه وكفله اياه وكفله ضمنه ، وكفلت عنه بالمال لغريمه وتكفل بدينه تكفلا • وجعل الاعرابي : كفيل وكافل وضمين وضامن بمعنى واحد ، التهذيب ، وأما الكافل فهو الذي كفل انسانا يعوله ، وينفق عليه ، وفي الحديث الربيب كافل وهو زوج أم اليتيم كأنه كفل وفقه اليتيم والمكافل المجاور المحالف وهو أيضا المعاهد المعاهد •

(٢) جاء في لسان العرب في مادة (حمل) ان الحماية بالفتح الدية والغرامة التي يحملها قوم عن قوم ، وقد تطرح منها الهاء ، وتحمل الحماية أي حملها ، الاضعى : الحماية الغرم تحمله عن القوم ونحو ذلك • قال الليث : ويقال أيضا حمال • ورجل حمال يحمل الكل عن الناس ، الازهري : الحمل : الكفيل ، وفي الحديث (الحميل غارم) هو الكفيل ، أي الكفيل ضامن ، وفي حديث ابن عمر ، كان لا يرى بأسا بالسلم بالحميل أي الكفيل • وفي مادة (قبل) قبلت بفلان قبالة فانان قبيل أي كفيل • والقبيل الكفيل والعريف ، وقد قبل به يقبل ويقبل قبالة كفله ، ونحن في قبالة أي في عرافته • ويقال : قبلت العامل تقبيلًا ، والاسم القبالة ، وتقبل العامل تقبلا ، وفي حديث

- ٢٥٩٧- وهو عقد يفتقر الى ايجاب وقبول ورضى المضمون له شرط في صحة الضمان عند ابي حنيفة ومحمد •
- ٢٥٩٨- وقال ابو يوسف والشافعي ليس بشرط •
- ٢٥٩٩- ويصح ضمان النفس ، كما يصح ضمان المال •
- ٢٦٠٠- وقد ابطال الشافعي الكفالة بالنفس •

ألفاظ الكفالة

- ٢٦٠١- ولا فرق عندنا بين ان يقول :
- كفلت لك بنفس فلان او روحه او جسمه او جسده او رأسه أو جزء منه شائع في صحة الكفالة •
- ٢٦٠٢- وكل عضو لو اضاف اليه الطلاق او جزء وقع ، فالكفالة اذا اضافها اليه تصح وتكون الكفالة باحضاره الى الحاكم •

فصل

مكان التسليم

- ٢٦٠٣- وذا كفّل بنفس رجل على ان يسلمه في مصره ، او كفّل في المصر ولم يشترط ، فسلمه اليه في مفازة لا يبرأ في قولهم جميعا •
- ٢٦٠٤- وان سلمه في مصر آخر له سلطان غير مصره برىء منه عند ابي حنيفة ، وعند ابي يوسف ومحمد لا يبرأ حتى يدفعه في المصر الذي كفّل فيه •

ابن عباس : (اياكم والقبالات فانها صغار ، وفضلها ربا) هو ان يتقبل بخراج أو جباية أكثر مما اعطي فذلك الفضل ربا • والقبالة بالفتح الكفالة ، وهي في الاصل مصدر قبل اذا كفّل وقبل بالضم اذا صار قبيلة أي كفيلا وتقبل به تكفل كقبل ، وقال قبلت العامل تقبلا وهذا نادر والاسم القبالة • وتقبله العامل تقبيلًا نادر أيضا •

فصل

المبادرة بكفالة النفس

٢٦٠٥- وان كفل بنفس رجل ولم يخاطبه أحد فانه لا يجوز عند ابي حنيفة ومحمد .

٢٦٠٦- ويجوز في قول ابي يوسف الاخير لان ذلك شطر العقد .

توقف الكفالة بالنفس على إجازة الطالب

٢٦٠٧ - وان خاطبه إنسان اجنبي فهو جائز اذا اجازه الطالب لانه عقد موقوف تام فوقف على الإجازة .

٢٦٠٨- فان خاطبه المطلوب وهو صحيح لا يجوز في قول ابي حنيفة ومحمد أيضاً .

٢٦٠٩ - ولو كان المطلوب مريضاً فقال لورثته اكفلوا عني فلقياس ان لا يجوز عندهما أيضاً ، والاستحسان ان يجوز .

٢٦١٠ - خلاف ابي يوسف والشافعي في الفصلين .

فصل

٢٦١١- ولو قال المريض لاجنبي اكفل عني فتكفل فمن اصحابنا من قال هو مثل الورثة .

٢٦١٢- وقال بعضهم لا يجوز وهو خلاف الورثة .

٢٦١٣- وعند ابي يوسف في قوله الاخير هذا جائز وهو قول الشافعي .

فصل

الكفالة البدلية^(١)

٢٦١٤- ولو تكفل بنفس المطلوب على انه ان لم يسلمه الى الطالب غداً

(١) واذن هذا بالالتزام البدلي من القانون المدني العراقي م ٣٠٢ .

او في وقت وقته فعلبه نفس فلان آخر فالكفالة الاولى جائزة بالاتفاق ، وكفالة
الثاني جائزة عند ابي حنيفة وقول ابي يوسف الاخير ولا تجوز في قوله الاول
وهو قول محمد •

فصل

التكفل بمال إن لم يحضر المكفول

٢٦١٥ - ولو أنه قال :

ان لم اسلمه غدا فمالك عليه على فهو جائز في قولهم جميعا •
٢٦١٦ - فان احضره في الوقت لم يلزمه ضمان المال ، وان لم يحضره لزمه
المال وبطلت كفالة النفس عندهم جميعا •

فصل

٢٦١٧ - ولو قال له : ان لم أوافك به عدا فمالك على فلان انسان آخر فعلى أو
فلك على ألف درهم فهو على الخلاف المتقدم ، لان الكفالة يجوز تعليقها بالشرط
كالطلاق •

• خلاف الشافعي •

٢٦١٨ - وتصح في المجهول وبالمجهول

٢٦١٩ - خلاف الشافعي • لقوله عليه السلام الزعيم غارم •

وقال « وانا به زعيم »

والغرم اللزوم في اللغة

فصل

٢٦٢٠ - وقالوا لو قال له : ان لم أوافك به غدا فما لفلان على فلان علي
او لي لازم فالكفالة الاولى جائزة والثانية باطلة في قولهم جميعا •

فصل

٢٦٢١- وإذا كفل العبد بمال عن سيده بغير اذنه لم يجز وإذا كان بأذنه
فان اعتق المولى العبد فادى المال الى الطالب لم يرجع على المولى عند علمائنا الثلاثة
وقال زفر يرجع •

فصل

٢٦٢٢- ولو كان على العبد دين فكفل به بأذنه المولى لم يجز ، فان اعتقه
المولى فى مرضه ثم مات لم تجز الكفالة عند ابي حنيفة مالم يؤد السعاية •
٢٦٢٣- وفي قولهما صحت الكفالة بالموت ، لان الحر ما دام يسعى فهو
كالعبد عنده •

فصل

٢٦٢٤- واذا تكفل عن ميت بدين ، فان كان له وفاء صحت الكفالة باتفاق
وكذلك ان كان له ضامن ، وان كان لم يخلف وفاء ولا ضمين فالكفالة باطلة عند
ابي حنيفة لانه دين سقطت المطالبة به على التأيد فلم تجز الكفالة به كما لو
ابراؤه منه •

٢٦٢٥- وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي تجوز الكفالة لما روى في خبر
أبي قتادة انه قال للنبي عليه السلام فى الميت الذى قدم ليصلى عليه فامتنع لاجل
الدين فقال أبو قتادة : هما على دين وانت منهما برىء فعلى عليه وقياسا على
دين الحي فإنه يصح ابرأؤه منه •

فصل

٢٦٢٦- واذا اقترض النصراني من النصراني خمرا وكفل نصراني بهما
فاسلم الطالب برىء الكفيل والمطلوب باتفاق •

٢٦٢٧- وإذا أسلم المطلوب برىء الكفيل والمطلوب في قول أبي حنيفة وأبي يوسف •

٢٦٢٨- وقال محمد : الطالب بالخيار ان شاء أخذ من الكفيل الخمر وان شاء أخذ من المطلوب القيمة ، فان أخذ من الكفيل يرجع على المطلوب بالقيمة • وهذه رواية علقمة بن مرثد ^(١) بن يزيد عن أبي حنيفة •

٢٦٢٩- ولو أسلم الكفيل فان في قول أبي حنيفة وأبي يوسف لاشئ على الكفيل ويرجع الطالب على المطلوب بالخمر •
٢٦٣٠- وعند محمد الطالب بالخيار ان شاء أخذ من الكفيل القيمة وان شاء أخذ من المطلوب الخمر ، فان أخذ من الكفيل لم يرجع على المطلوب بشئ يعني الكفيل •

فصل

٢٦٣١- ولو لم يكن قرضا ، ولكن كان ثمن مبيع وبه كفيل فأسلم البائع أو المشتري بطل البيع وسقطت الخمرة عن الكفيل في قولهم جميعا •
٢٦٣٢- وان أسلم الكفيل فهو على الخلاف •

٢٦٣٣- وعند الشافعي البيع باطل والقرض ولا يصح الضمان بناء على أصله ان الخمر ليست بمال في حق أحد ، وحكم الذمي والمسلم في ذلك سواء •

فصل

٢٦٣٤- وإذا أبرأ الكفيل برىء ولا يرجع على المكفول بشئ يعني الكفيل • ولو قال الطالب برئت الى برىء الكفيل ويرجع الكفيل على المطلوب في هذين الفصلين باتفاق •

(١) علقمة بن مرثد - بمثلثه - الحضرمي أبو الحارث الكوفي ، روى عن سعد بن عيينة وذر بن حبیش وطارق بن شهاب والمستورد بن الاحنف وسلمان بن بريدة وعبد الرحمن بن سابط والقاسم بن مخيمرة وأبي جعفر محمد بن علي ومقاتل ابن حيان وغيرهم • وعنه شعبة والثوري ومسعر والمسعودي وأبو حنيفة وغيرهم • وروى له الستة • وثقة غير واحد ومات في ولاية القسرى على العراق (تهذيب التهذيب) •

فصل

- ٢٦٣٥- ولو قال : برئت ، ولم يقل الى فان في قول ابي يوسف يرجع على المطلوب ، وهو بمنزلة قوله برئت الى •
وقال محمد لا يرجع ، وهو مثل قوله ابرأتك •

فصل

- ٢٦٣٦- ولو ان رجلا مات وعليه دين فابراً الطالب الميت فقبل الورثة جاز ، وان رد الورثة فالدين على حاله في قول ابي يوسف •
٢٦٣٧- وفي قول محمد وقعت البراءة وسقط الدين •

فصل

قاعدة من يصح منه الضمان

- ٢٦٣٨- ويصح الضمان من كل جائز التصرف في ماله باتفاق •
٢٦٣٩- فأما المحجور عليه لسه فلا يصح ضمانه عند من يرى الحجر جائزاً ، ويصح عند من ابطله •
٢٦٤٠- ولا يصح ضمان صبي ولا مجنون لانه ايجاب مال بعقد فلم يصح من الصبي والمجنون كالبيع •

فصل

ضمان من حجر عليه لأجل الفلاس

- ٢٦٤١- واتفق الجميع على أن من حجر عليه لأجل الفلاس ان ضمانه يصح لانه ايجاب مال في الذمة بالعقد فصح من المفلس كالشراء بمال في الذمة •

فصل

ضمان العبد بغير إذن

- ٢٦٤٢- واختلف في العبد اذا ضمن بغير اذن المولى فمنهم من قال يصح

ضمانه ويتبع به اذا اعتق لانه لا ضرر فيه على المولى ، لانه يطالب به بعد العتق •
٢٦٤٣ - ومنهم من قال لا يصح لان عقد يتضمن ايجاب مال فلم يصح
بغير اذن كالنكاح ، وهذا قولنا •

فصل

٢٦٤٤ - واذا ضمن باذن المولى صح ضمانه لان الحجر لحقه فزال باذنه •
٢٦٤٥ - واختلف فيه من أين يقضي فقالوا : ان قال اقض من كسبك قضاء
من الكسب •

٢٦٤٦ - وان قال مما في يدك من مالى قضى من ذلك •
٢٦٤٧ - وان لم يذكر القضاء فمنهم من قال يتبع به اذا اعتق لانه اذن في
الضمان دون الاداء^(١) •

٢٦٤٨ - ومنهم من قال يقضى من كسبه ان كان له كسب ، أو من الذى
في يديه ان كان في يديه مال ، ويتعلق عندنا برفقته •

فصل

ضمان المكاتب

٢٦٤٩ - واختلف في ضمان المكاتب •
فقال أصحابنا :
لا يصح بغير دين المكاتب لانه تبرع ، وان كان اذن له مولاه •
٢٦٥٠ - وقال الشافعي في المكاتب وتبرعه باذن المولى على قولين ثم بناء
[ذلك]^(٢) على ذلك في الصحة والفساد •

(١) هذا مثال التفرقة الفقه الاسلامي بين عنصرين في الالتزام بين
المدىونية (الضمان) وبين المسؤولية (الاداء) والى مثل هذه التفرقة ينهب الفقه
الاماني •

(١) من نسخة قليج •

فصل

معرفة المضمون عنه أوله

٢٦٥١- واختلف في معرفة المضمون عنه والمضمون له من لم يعتبر الرضا، فمنهم من شرط ذلك، ومنهم من لم يشترطه .

فصل

٢٦٥٢- وان باعه بشرط أن يضمن له الثمن ضامن لم يجز حتى يعين الضامن، لان الغرض يختلف باختلاف من يضمن فهو كالرهن .

فصل

٢٦٥٣- وان عين الضامن فالقياس ان يبطل البيع والاستحسان أن يصح .
٢٦٥٤- وكذلك قالوا اذا شرط رهن لانه ليس من مقتضى عقد البيع، والاستحسان انه وثيقة بالثمن وصفة فيه فهو كالاجل .

فصل

ما يصح الضمان به من الديون

٢٦٥٥- ويصح الضمان بكل دين لازم كالثمن والاجرة وعوض القرض ودين السلم وأرض الحناية واغرامة المتلف .
وكل دين جاز أخذ الرهن به جاز ضمانه لانه وثيقة يستوفى منها الحق .
٢٦٥٦- واختلف في دين الكتابة فقال اصحابنا يصح الرهن به وضمانه من أحد المكاتين ولا يضمنه حر عنه .
٢٦٥٧- وقال الشافعي لا يصح لانه لا يلزمه ادائه عنده .
٢٦٥٨- وعندنا ليس له أن يعجز نفسه .

فصل ضمان المجهول

- ٢٦٥٩- يصح ضمان المجهول لانه اثبات مال في الذمة فهو كالاقرار .
٢٦٦٠- وقال الشافعي لا يصح كالثمن في البيع .
٢٦٦١- واختلف اصحابنا في ضمان ابل الدية فمنهم من قال لا يصح لانه مجهول اللون والصفة .
ومنهم من قال يصح لانه معلوم السن والعدد ، ويرجع في اللون والصفة الى عرف البلد .

فصل ضمان ما لم يجب

- ٢٦٦٢- ويصح ضمان ما لم يجب كقوله :
مادانت به فلانا فعلى ضمانه لانه عند المطالبة معلوم فهو كضمان الدرك .
٢٦٦٣- وقال الشافعي لا يصح ضمانه ما لم يجب .

فصل ضمان الدرك^(١)

- ٢٦٦٤- واختلف اصحابه في ضمان الدرك ، وفيه اجماع سابق لمن ارتكب ذلك .
٢٦٦٥- وقد قال الجميع انه لو قال لرجل :
التق متاعك فن البحر وعلى ضمانه أنه يصح .

(١) جاء في السان العرب في مادة (درك) :
الدَرَكُ اللحاق وقد أدركه . . . الليث : الدَرَكُ ادراك الحاجة ومطلبه ، يقال بكر فففيه دَرَك ، والدَرَك ، اللَّحَقُ من التبعة ، ومنه ضمان الدرك في عهدة البيع ، والدرك اسم من الادراك مثل اللَّحَق . . . والدركة التبعة يسكن ويحرك ، يقال : مالحقك من درك فعلى خلاصه .

فصل

تعليق الضمان على شرط

- ٢٦٦٦- ويجوز تعليقه على شرط لانه يصح مع الجهالة ، ويجوز تعليقه
بخطر^(١) وغرر فهو كالطلاق والعناق •
٢٦٦٧- وقال الشافعي : لا يصح لانه اثبات مال لآدمي كالثمن •

فصل

الضمان المؤجل

- ٢٦٦٨- ويجوز الضمان حالا ومؤجلا على حسب ما يشترط •
٢٦٦٩- وقال الشافعي : يجوز ضمان الحال الى أجل لانه رفق ومعروف •
٢٦٧٠- وعندنا انه لا يجوز تأجيل الدين الحال وان كان رفقاً ومعرفاً •
٢٦٧١- واختلف اصحابنا هل يجوز أن يضمن المؤجل حالا ؟
فمنهم من أجاز كما يضمن الحال مؤجلا ومنهم من قال لا يجوز لانه فرع
لما على المضمون عنه فلا يجوز أن يكون الفرع معجلا والاصل مؤجلا وبهذا
يبطل^(٢) اذا كان حالا وضمن مؤجلا ، فان الفرع بخلاف الاصل •

فصل

شرط الخيار في الضمان

- ٢٦٧٢- ويجوز شرط الخيار في الضمان عندنا •
٢٦٧٣- وقال الشافعي لا يصح لانه عقد فهو كالبيع ولا يبطل بالشروط
الفاسدة ، وقال الشافعي يبطل •

(١) في نسخة قليج على شرط لانه يصح مع الجهالة ويجوز تعليقه بشرط
وغرر •

(٢) في نسخة المعهد : وهذا يبطل به وما اثبتناه من نسخة قليج •

فصل

موت المكفول عنه بالنفس

- ٢٦٧٤- وإذا مات المكفول عنه بالنفس برىء الكفيل لانه سقط عنه الحضور
فسقط عن كفيله ، كما لو برىء من المال برىء الكفيل •

فصل

تعذر إحضار المكفول عنه بالنفس

- ٢٦٧٥- وإذا تعذر على الكفيل إحضاره لبعده وغيبته تأخرت المطالبة عن
الكفيل ولا يجبس ولكن يؤجل مدة ذهابه ومجيئه ، فان جاء به والا جبس ، لأن
التسليم يجب بحسب الامكان •

فصل

الكفالة بالحدود والقصاص

- ٢٦٧٦- ولا تجوز الكفالة بالحدود والقصاص عند أبي حنيفة •
٢٦٧٧- وقال أبو يوسف ومحمد تجوز •
٢٦٧٨- وكان أبو الحسن يقول : تجوز عندهم جميعا •
٢٦٧٩- وانما لا يطالبه القاضي لان المقصود بالكفالة التوثيق والقاضي مأمور
بالتوصل الى درىء الحدود فلا يتوثق •
٢٦٨٠- واتفقوا على أن الكفالة بنفس الحد والقصاص لا تجوز ، لانه
لا يمكن استيفاء ذلك من الكفيل •

فصل

مطالبة الكفيل والمكفول

- ٢٦٨١- وله أن يطالب المكفول والكفيل جميعا ايهما شاء ، ولا تكون
مطالبته لاحدهما ابراء للآخر من الطلب •

٢٦٨٢- وهذا قول الشافعي أيضا •

٢٦٨٣ - وفرق أصحابنا بين هذا وبين غاصب الغاصب فقالوا :

إذا طالب أحدهما لم يكن له أن يطالب الآخر ، لأنه مال ثابت في ذمتهم
فله أن يطالب كل واحد منهما •

٢٦٨٤- وقال ابن أبي ليلى : ليس له أن يطالب الاصيل وقد برىء بالضمان
كما ليس له أن يطالب المحيل •

٢٦٨٥- وفرق أصحابنا بين المحيل وبين المكفول عنه في المطالبة •

٢٦٨٦- وسوى زفر وعافية بن زيد بين الجميع ، وقال له أن يطالب
الاصيل والفرع جميعا في الحوالة كالضمان •

فصل

٢٦٨٧- وان ضمن الضامن آخر [جاز الضمان] لأنه دين ثابت كالاصل ،
والاول وان ضمن المضمون عنه عن الضامن لم يجز لان المضمون عنه اصل
والضامن فرع فلا يجوز ان يصير الفرع اصلا والاصل فرعاً ، ولانه يضمن
بالضمان ما في ذمته •

فصل

وفاء المضمون عنه الدين

٢٦٨٨ - وإذا قبض المضمون له الحق من المضمون عنه برىء الضامن ،
لانه وثيقة فأنحلت بقبض الحق كالرهن •

٢٦٨٩- وان قبض من القاضي برىء المضمون عنه لانه استوفى الحق من
الوثيقة فبرىء من عليه الدين كما لو قضى الدين من ثمن الرهن •

فصل

إبراء المضمون عنه

٢٦٩٠- وان ابرأ المضمون عنه برىء الكفيل ، وان ابرأ الكفيل لم يبرأ المضمون عنه عندنا والشافعية ومنهم من قال يبرأ أيضا ، وهو قول داود^(١) فيما رأيت في الخلاف •

فصل

باب اختلافهما في الكفالة والضمان

٢٦٩١- واذا قال الطالب للكفيل : كفلت مالى على فلان وهو ألف درهم . فقال الكفيل بل هو خمسمائة أو كفلت بالنصف من ذلك فالقول قول الكفيل والبينة بينة الطالب لانها تثبت الضمان •

فصل

٢٦٩٢- فان قال : مالك على فلان فهو على فاقام البينة عليه بماله لزم الكفيل ذلك ، وان لم يقم البينة فالقول قول الكفيل فيما يقر به من الحق عليه •

فصل

٢٦٩٣- واذا ادعى على عبد رجل فانكر العبد والمولى فاقام بيته بحضرة المولى فان العبد يجبس ويؤخذ منه كفيل ، في قول ابي حنيفة •
٢٦٩٤- وقال أبو يوسف : يأخذ من العبد كفيلا ولا يأخذ من مولاه •

فصل

٢٦٩٥- واذا ادعى على رجل انه كفل بنفس فلان فانكر الكفيل فأن القاضي يحلف بالله :

(١) المقصود به داود مؤسس المذهب الظاهري •

(٢) فى نسخة قليج : واذا ادعى على عبد رجل قفنا •

ماله قبلك هذه الكفالة ، ولا يحلفه ماكفلت به في قول ابي خنيفة وايي يوسف ومحمد •

٢٦٩٦- وروى عن أبي يوسف رواية اخرى انه يحلفه بالله ماكفلت •

فصل

٢٦٩٧- وان كانت الدعوى في القرض ، يحلف بالله ما استقرضت ، الا أن يعرض المطلوب بأن الانسان قد يستقرض ويرد فحينئذ يحلفه بالله ماله قبلك هذا الحق •

فصل

٢٦٩٨- واذا ادعى على رجل انه كفل عن فلان بأمره وانكر الكفيل فalcول قوله ، فان أقام المدعي البينة وقضى عليه بها واخذ منه كفيلا كان له أن يرجع على المطلوب في قول الثلاثة من علمائنا •

٢٦٩٩- وقال زفر لا يرجع لانه قد انكر في أول أمره •

فصل

٢٧٠٠- ولو كفل عن رجل الى سنة فمات الكفيل قبل السنة حل ما عليه وللمطالب أن يأخذ من ماله كما يأخذ من مال الاصيل لو مات ، ثم لا يرجع ورثة الكفيل الا بعد ما يحل الاجل في قول علمائنا الثلاثة ، ويرجع في قول زفر في الحال •

فصل

٢٧٠١- وكل عين أمانة في يد الغير كالوديعة والعارية والمستأجرة أو مضمونة بغيرها كالبيع في يد البائع والرهن في يد الراهن فان ضمان ذلك لا يصح لانها أمانة •

٢٧٠٢- وكل عين مضمونة على الانسان كالمخسوب والمبيع الفاسد ، والمقبوض على سوم البيع فانه يصح ضمانه ويلزم تسليمه وان هلك وجب على الضامن القيمة .
٢٧٠٣- فان ضمن تسليم المبيع وما يجب تسليمه على من هو في يده صح الضمان .

٢٧٠٤- وفي هذا الكتاب مسائل كثيرة وما ذكرنا اصوله ^(١) ، ولما كان الضمان ضم ذمة الى اخرى وكانت الحوالة تشبه الضمان في انها يستوفي فيها الحق وجب ذكرها .

(١) انظر ما قلناه بصدد خصب جوانب الكفالة في الفقه الاسلامي مقالتنا ، الصلة بين عقد التأمين في القانون وبين عقد الكفالة في الفقه الاسلامي ، مستلة من من العدد الاول من مجلة القانون والاقتصاد .

كتاب الحوالة

جواز الحوالة^(١)

٢٧٠٥- اعلم ان العلماء اجمعوا على جواز الحوالة في الجملة ، وان اختلفوا في مواضع ذلك وشرائطه لقوله عليه السلام من احيل على مليء فليعه [وقوله فظل الغنى ظلم ، واذا اتبع احدكم على مليء فليتبع] .

٢٧٠٦- وقال أصحابنا :

ولا تجوز الا بالديون الثابتة في الذمم ولا تجوز بالايعان ، لانها مأخوذة من التحويل وتحويل ما في ذمة الى اخرى ممكن ، والايعان يجب تسليمها ، والتسليم لا يتحول من عين الى اخرى .

٢٧٠٧- وسائر الديون سواء .

٢٧٠٨- وقال الشافعي :

لا تجوز الا على كل دين يجوز بيعه كعوض القرض وبذل المتلف ، فأم ما لا يجوز بيعه كدين السلم ومال الكتابة فلا تجوز الحوالة به .
قال لان الحوالة بيع في الحقيقة لان المحتال يبيع مافي ذمة المحيل بما في ذمة المحال عليه ، والمحيل يبيع مافي ذمة المحال عليه بما عليه من الدين فلا يجوز الا فيما يجوز بيعه .

(١) أحال الغريم زجاء عنه الى آخر والاسم الحوالة . اللحياني: يقال للرجل اذا تحول من مكان الى مكان أو تحول على رجل بدراهم حال وهو يحول حولا ، ويقال : احلت فلانا على فلان بدراهم احياله احوالة واحالا ، فاذا ذكرت فعمل الرجل قلت : حال حولا ، واحتيال احتيالا اذا تحول هو من ذات نفسه .
الليث : الحوالة احوالك غريما ، وتحول ماء من نهر الى نهر ، ابو منصور : يقال : احلت فلانا بماله علي وهو كذا درهما على رجل آخر لي عليه كذا درهما احياله احوالة فاحتيال بها عليه ، ومنه قول النبي (ص) «اذا احيل احدكم على آخر فليحتل» ، قال ابو سعيد : يقال الذي يحال عليه بالحق حيئل والذي يقبض الحوالة حيئل وهما الحيلان كما يقال البيعان واحال عليه بدينه والاسم الحوالة (لسان العرب) .

(٢) من نسخة قليج .

فصل

جنس المال المحال

- ٢٧٠٩- واختلف في جنس المال الذي يقبل الحوالة وتجوز به •
٢٧١٠- فمنهم من قال لا تجوز الا فيما له مثل كالانمار والحبوب وما
اشبهها لان المقصد بالحوالة اوصول الغريم الى حقه على الوفاء من غير زيادة ولا
نقصان ، ولا يمكن ذلك الا فيما له مثل ، ولا يجوز فيما سواه •
٢٧١١- ومنهم من قال : تجوز بكل مائتة في الذمة بعقد السلم لانه مال
تحت في الذمة يجوز بيعه كذوات الامثال •

فصل

معلومية المال في الحوالة

- ٢٧١٢- ولا تجوز الا بمال معلوم لانه لا يجوز الرجوع الى احد منهما دون
صاحبه •
٢٧١٣- واختلف اصحاب الشافعي في ابل الدية فمنهم من قال لا يجوز
بيعه •
قالوا وهو الصحيح لانه مجهول الصفة ولا يجوز السلم فيه •
ومنهم من أجازته لانه معلوم العدد والسن فجاز الحوالة به •

فصل

تساوي الحقين

- ٢٧١٤- ولا تجوز إلا أن يكون الحقان منساويين في الصفة والحوال
والتأجيل •
٢٧١٥- فان اختلفا في شيء من ذلك لم تصح الحوالة لانها ارفاق كالقرض •

فصل

٢٧١٦- وان كان لرجل على رجلين ألف ، على كل واحد منهما خمسمائة وكل واحد منهما ضامن عن صاحبه الخمسمائة التي عليه فأحال عليهما رجلا له عليه ألف على ان يطالب من شاء منهما بألف فقد اختلف في ذلك .
٢٧١٧- فمنهم من جوز ذلك ، وقال تصح الحوالة لانه لا يأخذ الا قدر حقه .

٢٧١٨- ومنهم من قال لا تصح لانه يستفيد بالحوالة زيادة في المطالبة وذلك لا يصح ، ولان الحوالة بيع فاذا خيره بين الرجلين صار كأنه قال : بعثك أحد هذين الثوبين ، وينبغي على قول اصحابنا أن يشترط الخيار كالبيع .

فصل

الحوالة على من لا دين عليه

٢٧١٩- وتجوز الحوالة على من له عليه دين ومن لا دين له عليه كما تجوز الكفالة .
٢٧٢٠- ومن أصحاب الشافعي من قال لا تجوز الا على من له عليه دين لانه بيع مافي الذمة بما في الذمة .
٢٧٢١- وقال بعض اصحابه يطالب بتخليصه كما يطالب الضامن المضمون عنه فان قضا باذنه رجع على المحيل وان قضا بغير اذنه لم يرجع .

فصل

رضا المحتال

٢٧٢٢- ولا تصح الحوالة من غير رضا المحتال لانه نقل من ذمة الى غيرها فاعتبر رضا صاحب الحق كما لو باعه بالدين عينا .

فصل رضا المحال عليه

- ٢٧٢٣- وكذلك يعتبر رضا المحال عليه •
٢٧٢٤- وقال الشافعي ان كان لا حق له عليه اعتبر رضاه اذا صحح الحوالة ،
وان كان له عليه حق فرضاه شرط عند المزني والاصطخري ، قالوا والمذهب
انه لا يعتبر رضاه •
لان رضا المحال شرط فكذلك المحتال عليه ، ولا يشبه الوكيل بالقبض ،
لانه لا يجب عليه الدفع اليه ولا التسليم ، وهو يقبض نفس ماعليه لا على سبيل
العوض ، وفي مسألتنا بخلافه •

فصل

- ٢٧٢٥- واذا صحت الحوالة فليس له أن يطالب المحيل مادام الحق يقدر
على استيفائه •
٢٧٢٦- وقال الشافعي : قد برئت ذمة المحيل ولا يرجع على المحيل بحال •
٢٧٢٧- وقال زفر وعافية بن زيد : له المطالبة لكل واحد منهما كما نقول
في الضمان لانه نقل الحق الى محل آخر فصار كما لو باعه عينا ، ولانه قادر على
استيفاء حقه فهو كما لو أجره عينا بمال عليه •

فصل

إفلاس المحال عليه وجحوده

- ٢٧٢٨- واذا احال على ملجأ فافلس او جحد الحق وحلف أو مات مفلسا
فأنه يرجع على المحيل عند أبي يوسف ومحمد في هذه الوجوه الثلاثة •
٢٧٢٩- وقال أبو حنيفة لا يرجع الا اذا جحد وحلف أو مات مفلسا ، فأما
اذا فلسه القاضي وحجر فليس له الرجوع •
٢٧٣٠- وقال الشافعي لا يرجع بحال •

٢٧٣١ - لانه لم يسلم له ما عاوضه عن حقه فكان له الرجوع ، كما لو باعه عينا فهلك قبل القبض ، لانه قد تعذر عليه الوصول الى حقه قبل قبضه فصار كالبيع اذا هلك في يد البائع رجع المشتري بالثمن عليه ، كذلك هذا •

فصل

٢٧٣٢ - واختلف أصحاب الشافعي اذا احواله على رجل بشرط أنه ملى •
فبان انه معسر •

٢٧٣٣ - قال المزني لا خيار له •

٢٧٣٤ - وانكر ابو العباس هذا وقال :

له الخيار لانه غره بالشرط •

فصل

٢٧٣٥ - واذا اشترى رجل سلعة بالف ثم أحل المشتري البائع بألف على رجل ، ثم وجد بالبيع عينا فردده فقال ابو حنيفة وصاحبه وهو اختيار ابى على الطبرى لا يبطل الحوالة ، ويطالب البائع المخال عليه بالمال ، ويرجع المشتري على البائع بالثمن لانه قد تصرف في أحد العوضين فلا يبطل بالرد •

٢٧٣٦ - وقال المزني وابو اسحق تبطل الحوالة •

٢٧٣٧ - وهو قول زفر ، لان الحوالة بالثمن ، وقد انفسخ البيع فيه فبطلت

الحوالة لبطلان ما ترتب عليه •

٢٧٣٨ - ولو اسحق البيع أو وجد حرا بطلت الحوالة باتفاق لان التصرف

وقع باطلا في الابتداء •

المحيل والمحال

٢٧٣٩ - قال أصحابنا :

واذا طالب المحال عليه بمثل مال الحوالة فقال المحيل احلت بدين لي عليك
لم يقبل قوله ، وكان عليه مثل الدين لان المحال عليه لما قبل الحوالة وجب له
في الظاهر مثلها لما على المحيل ، فاذا ادعى المحيل انه كان له عليه مثله فقد ادعى
خلاف الظاهر ، والاصل براءة ذمة المحال عليه فلا يقبل قوله عليه بغير بينة

فصل

٢٧٤٠- وان طالب المحيل المحال بما أحاله به وقال : اني أحلتك لتقبضه
لي وقال المحال بل أحلتني بدين لي عليك ، فالقول قول المحيل لانه قد
يحيله ليستوفي ، ويستوفي لنفسه ، فلا يوجب عليه المال بالشك •

فصل

٢٧٤١- وان أحال رجلا له عليه دين على رجل له عليه دين ، ثم اختلفا :
فقال المحيل :

• وكلتك •

وقال المحال :

• بل أحلتني •

فالقول قول المحيل اذا اختلفا في اللفظ بلا خلاف لانهما اختلفا في اللفظ

فكان القول قول من يستفاد من جهته الحكم •

٢٧٤٢- وان اتفقا على لفظ الحوالة ثم اختلفا فقال المحيل :

• وكلتك •

وقال المحال :

• بل أحلتني •

فمنهم من قال : القول قول المحال لانه اللفظ يشهد له بما قال ، ومنهم
من قال القول قول المحتل لانه يدعي بقاء الحق في الذمة ، والمحال يدعي انتقال
الحق •

فصل

٢٧٤٣- وان قال المحيل احلتك •

وقال المحتال بل وكلتني فهو على الخلاف المتقدم أيضا ، منهم من قال الصحيح قول المحتال لأنه ينفي الضمان ، ولهذا اذا اقاما بينة قبلت بينة المحيل لأنها تثبت القضاء .

فصل

السفاتج^(١)

٢٧٤٤- قال أصحابنا :

ونكره السفاتج لأنها قرض استفيد فيه خطر الطريق ، وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن قرض جر منفعة ، ولأنها تملك دراهم بمثلها ، فإذا اشترط الدفع في بلد آخر فقد صار مؤجلا والاجل لا يصح في الاعيان ، وهذا هو القياس . اذا لم يشترط الدفع في بلد آخر فاستحسنوا وقالوا لا يكره لأن المردود في القرض جعل كالمقبوض ابتداءً فصار كالاعيان ، وتأجيل العين لا يصح ، فلم يكن ذلك تأجيلا فذلك لم يكن .

فصل

٢٧٤٥- واذا قال المحال عليه للمحيل :

ابرأني من المال وانكر فالقول قول المحيل انه لم يبرأ ، فان اقاما بينة فالبينه بينة المحال عليه لأنها تشهد بخلاف الظاهر .

وان نكل عن اليمين برأ المحال عليه ، وليس له أن يرجع على المحيل في البراءة والنكول لأنه قد سقط حقه فلا يشب له الرجوع .

وليس ذلك كما لو جحد الحوالة وحلف لأنه لم يستوف ما وجب له .
٢٧٤٦- وهذه اصول هذا الكتاب ، وفيه فروع كثيرة ، واذا قد ذكرنا حكم البيوع وما ذكرنا من الحوالة بالثمن والكفالة والرهن وما قدمناه ، وكانت الاجابة في حكم بيع المنافع وجب أن نذكرها في هذا الموضع .

(١) السفنتجة هي البويصة في مصطلح قانون التجارة لعراقي المرعي .
انظر الهامش (١) في الصحيفة (٦٧) من كتابنا المبسوط في الاوراق التجارية

كتاب الإجارة

وهذا كتاب الإجارة^(١)

تعريف

٢٧٤٧ - اعلم ان الاجارة عقد على منفعة ببدل •

جوازاها

٢٧٤٨ - والقياس كان يقضى ان لا تجوز لأنها عقد على معدوم ، واليه ذهب

(١) جاء في لسان العرب في مادة (أجر) :

لأجر : الجزاء على العمل ، والجمع أجور ، والاجارة من أجر يأجر • وهو ما أعطيت من أجر في عمل •

والاجر الثواب ، وقد اجره الله يا أجره ويأجره أجرا ، وأجره الله ايجار وأتجر الرجل تصدق وطلب الأجر ، وفي الحديث الاضاحي : « كلوا وادخروا وأتجرو » أي تصدقوا طالبين للأجر بذلك •••

أجره يؤجره اذا أثنابه او اعطاه والاجر والجزاء ، وكذلك أجره يأجره ويأجره والامر منهما : أجزني واجرنني • وأجر المملوك يأجره اجرا فهو مأجور ، وأجره يؤجره ايجارا ومؤجرة ، وكل حسن من كلام العرب •

وأجزت عبدي اوجره ايجاراً فهو مؤجر •

وأجر المرأة : مهرها ، وفي التنزيل : « يا أيها النبي انا أحللتنا لك ازواجك اللاتي آتيت أجورهن » •

وأجزت الامة البغية نفسها مؤجرة أباحت نفسها باجر ، وأجر الانسان

وستأجره •

والاجير المستأجر وجمعه اجراء •• والاسم منه الاجارة •

والاجرة : الكراء ، تقول استأجرت الرجل فهو يأجرني ثمانى حجج اى

يصير أجيري وأتجر عليه كذا من الاجرة ••

وأجزته الدار اكريتها والعامه تقول : واجزته •

والاجرة والاجارة واللاجارة ما اعطيت من أجر • قال ابن سيده : وأرى

ثعلباً حكى فيه الاجارة بالفتح •

وفي التنزيل العزيز : « على أن تأجرني ثمانى حجج » قال الفراء يقول :

ان تجعل ثوابي ان ترعى على غنمى ثمانى حجج ، وروى يونس معناها على ان

تثيبنى على الاجارة •

أبو حنيفة وصاحبه^(١) .

٢٧٤٩ - والاستحسان ان تجوز لأن الله تعالى قال :

« فان أرضعن لكم فاتهم أجورهن »^(١) وأجر النبي عليه السلام والصحابة
استأجرت وأجرت ، وهو فعل جميع المسلمين فى سائر الاعصار .

قاعدة

ما تجوز إجازته

٢٧٥٠ - وكل عين لها منفعة تجوز اجارتها وان كان بيعها لا يجوز
كالحر وأم الولد والوقف ، لأنه عقد على منفعة فهو كالنكاح يجوز على الحر
والعبد .

٢٧٥١ - وتجوز اجارة العقار والضياح والمنازل والحسوانيت والسفن
والحيوان الجمال والدواب والرقيق والبغال والحمير والبقر والآت الصناع كلها
والمكايل والموازين والبسط والزلال^(١) والغرف والبساتين .

أنواع الإجازة

٢٧٥٢ - والاجارة على نوعين :

اجارة مدة واجارة عمل .

ذكر المدة والعمل

٢٧٥٣ - فكل عين يجوز ان يستأجرها مدة معلومة ليتنفع بها فيها فهو جائز .

(١) فى نسخة المعهد : الاحمر وصاحبه وفى نسخة قليج : (لا) ثم فراغ
قليل ثم (وصاحبه) وهو غلط والصواب ما اثبتناه .

(١) كذا وفى نسخة (قليج) الزلال ولا معنى له ههنا اذا افهم على ان المقصود
به زلال البيض وانما قصد به المؤلف «البسط والزوالى» والبساط فى لهجة
العراق الى اليوم هو نوع من المنسوجات الصوفية تفرش فى الغرف شتاء والزولية
وجمعها زوالى هي فراش منسوج من الصوف ، يفرش فى الغرف شتاء طلبا
للتدفئة .

• وان شرط عملا في المدة بطلت الاجارة لانه لا يجمع ذكر المدة والعمل في العقد •

- ٢٧٥٤ - فان ذكر المدة سكت عن العمل ، وان ذكر العمل سكت عن المدة •
٢٧٥٥ - فان استأجر دارا شهرا لم يحتج الى بيان ما يعمل فيها •
٢٧٥٦ - وان استأجر رجلا مدة ليستعمله في عمل من الاعمال جاز •
٢٧٥٧ - فان قال له على ان يخطب اليوم هذا القميص فالاجارة فاسدة ، فان خاط القميص فله الاقل من اجرة المثل والمسمى عندنا •
٢٧٥٧ - وهذا شأن جميع الاجارات الفاسدة •
٢٧٥٨ - وقال الشافعي تجب اجرة المثل بالغاما بلغ •

فصل

- ٢٧٥٩ - ولا تجب اجرة المثل في الاجارة الفاسدة الا باستيفاء المنفعة دون التمكن كما لا يجب المهر في النكاح الفاسد الا بالوطى • دون العقد •
٢٧٦٠ - وقال الشافعي تجب الاجرة بالتمكن كما تجب في الصحيح وافرقت بين النكاح الصحيح والفاسد •
٢٧٦١ - ولا فرق بين فاسد الاجارة وفاسد النكاح •

فصل

المدة

- ٢٧٦٢ - وكل مدة معلومة تجوز الاجارة اليها عندنا •
٢٧٦٣ - وقال الشافعي : لا تجوز أكثر من سنة ، وفيما زاد على ذلك قولان أحدهما لا تجوز فوق ثلاث سنين ، وفي قول آخر فوق ثلاثين سنة ، لأنها مدة معلومة فصارت كالسنة والعمل^(١) على القول الآخر •
استئجار العبد
٢٧٦٤ - واختلف أصحابنا في استئجار العبد مدة لا يمكن في الظاهر أن

(١) الكلمة غير واضحة في نسخة المعهد وفي نسخة (قليج) السنين •

يعيش اليها ، فمنهم من أجز ذلك ، ومنهم من قال لا تجوز كإجارة العبد ألف سنة وما زاد على ما يعيش اليه الناس في الغالب •

فصل

- ٢٧٦٥ - ولا فرق عندنا بين ان يؤجره المدة في اولها او مدة لم تحضر كمن اجر [في] شعبان وهما في رجب جاز عندنا •
- ٢٧٦٦ - وقال الشافعي لا تجوز •
- ٢٧٦٧ - ولا فرق بين ان يؤجرها من المستأجر او من غيره ، ومنهم من فرق •

بيع العين قبل مدة الإجارة

- ٢٧٦٨ - وهل للمؤجر ان يبيع العين قبل المدة ؟
فيه روايتان :
احدهما يجوز ، والاخرى لا يجوز •

فصل

إجارة المشاع

- ٢٧٦٩ - ولا تجوز اجارة المشاع عند ابي حنيفة من غير الشريك ، وفي الشريك روايتان احدهما لا تجوز ، وهو قول زفر •
- وفي الاشاعة الطائفة روايتان في ابطال الاجارة :
وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي اجارة المشاع جائزة •
- ولا فرق بين الشريك وغيره
ولا فرق بين ما يحتمل القسمة وما لا يحتمل •
- ولا بين الطاريء والمقارن في ذلك لان كل ما جاز بيعه جازت اجارته كالمفرز •

فصل

إجارة شهر بدرهم

- ٢٧٧١ - وتصح في الشهر الواحد .
- وكلما دخل من شهر يوم صحت اجارة جميعه كذلك ابدا .
- وقال الشافعي باطله في الجميع .
- ٢٧٧٢ - فاتفق الجميع على انه لو باع صبرة كل قفيز بدرهم صح في القفيز الواحد وفيما زاد اجازه الشافعي في جميعها .

فصل

بيان أول المدة

- ٢٧٧٣ - واذا استأجر دارا شهرا وأطلق المدة صح العقد وكان أول المدة عقد العقد .
- ٢٧٧٤ - وقال الشافعي لا يجوز حتى يبين أول المدة ويذكره .

فصل

ما يجوز وما لا يجوز في الإجازات

- ٢٧٧٥ - لا تجوز اجارة دار بدار .
- ٢٧٧٦ - وتجوز اجارة عبد بدار .
- ٢٧٧٧ - واجاز الشافعي الجميع .
- ٢٧٧٨ - واتفقوا انه لا يجوز ان يكون النفع في مقابلة البضع .
- ٢٧٧٩ - واجازوا ان يكون ما عليه من الدين في مقابلة ما عمله له .

فصل

بيع ما أجره

- ٢٧٨٠ - واختلفوا في بيع ما أجره في المدة .
- ٢٧٨١ - فوافق اصحابنا البيع فيه .
- ٢٧٨٢ - وقال أبو يوسف الاجارة كالعيب فون رضى لزمه البيع ، وان لم يعلم فهو بالخيار في فسخ البيع .
- ٢٧٨٣ - واجاز الشافعي البيع في جميع الاحوال .

فصل

إجارة الحيوان

- ٢٧٨٤ - وأجاز أصحابنا إجارة الكلب وسائر الحيوان وبيعه .
- ٢٧٨٥ - وقال الشافعي لا يجوز (بيعه) وفي إجارته وجهان أحدهما لا تجوز والآخر تجوز .

فصل

إجارة الفحل للعزاب

- ٢٧٨٦ - ولم يحز أصحابنا إجارة الفحل للضراب^(١) .
- ٢٧٨٧ - وهو المذهب عند الشافعي .
- ٢٧٨٨ - ومن أصحابه من أجاز الإجارة .
- ٢٧٨٩ - وهو قول مالك .
- ٢٧٩٠ - لأنه لا قيمة له ، وهو محرم ، وفيه نهى عن النبي عليه السلام .

فصل

بيان حصة السنة

- ٢٧٩١ - وإذا استأجر دارا سنين ولم يبين حصة كل سنة جاز .
- ٢٧٩٢ - وقال الشافعي لا يجوز حتى يبين .
- ٢٧٩٣ - ولو وجب بيان الحصة للسنتين لوجب بيان حصة الشهور والأيام .

(١) ضرب الفحل الناقة يضربها ضرابا نكحها ، قال سيبويه ضربها الفحل ضرابا كالنكاح والقياس ضربا ولا يقوله كما لا يقولون نكحا وهو القياس . وفي الحديث انه نهى عن ضرب الجمل وهو نزوه على الانثى ، والمراد بالنهاى ما يؤخذ عليه من الاجرة لا عن نفس الضراب ، وتقديره نهى عن ثمن ضرب الجمل ، كنهيه عن عسيب الفحل أى عن ثمنه ، فقال ضرب الجمل الناقة يضربها اذ انزى عليها ، واضرب فلان ناقته أى انزى الفحل عليها . (لسان العرب) .

فصل

موت العبد المستأجر

٢٧٩٤ - ولو مات العبد المستأجر قبل مدة الاجارة لم تجب اجرة ما بقى

عندنا •

٢٧٩٥ - وقال بعض الفقهاء تجب كما يجب المهر •

فصل

انقضاء الإجارة

٢٧٩٦ - الاجارة تبطل بموت كل واحد من المتعاقدين عندنا •

٢٧٩٧ - وقال الشافعي لا تبطل •

٢٧٩٨ - والنكاح لا يبقى بعد الموت ، ولا تستوفى المنافع من ملك غير

المالك •

فصل

كيفية حلول أجرة الدار والعمل

٢٧٩٩ - وتجب اجرة الدار حالا فحالا ، وان كان عملا فعند الفراغ من

العمل لان المنافع غير مملوكة فلا يملك الاجرة •

٢٨٠٠ - وقال الشافعي تجب بنفس العقد ، وهو قول زفر •

٢٨٠١ - وقد روى عن ابي حنيفة ان الاجرة لا تجب الا بعد انقضاء المدة

والفراغ من العمل في قوله الاول •

فصل

استئجار ما أجره

٢٨٠٢ - واذا استأجر ما أجره لم يجز عندنا •

٢٨٠٣ - وقال الشافعي يجوز ، لأنه يستوفى على حكم ملكه فلا يجوز

استيفاء المنفعة بحكم عقد الغير كما لو اشترى زوجته من المولى •

فصل

٢٨٠٤ - ولا يجوز ان يؤجر ما استأجره قبل قبضه كما لا يجوز بيع ما

اشتراه قبل القبض •

٢٨٠٥ - وقال الشافعي يجوز •

فصل

شرط الخيار في الإجارة

٢٨٠٦ - ويجوز بشرط الخيار في الإجارة •

٢٨٠٧ - وقال الشافعي لا يجوز •

فصل

خيار العيب

٢٨٠٨ - واتفق الجميع على انه يثبت خيار العيب في ذلك •

فصل

المحمل المنطى

٢٨٠٩ - ولو اكترى محملا منطى الى مكة ولم يشاهده جاز •

٢٨١٠ - وقال الشافعي لا يجوز •

فصل

٢٨١١ - واذا استأجر دابة فله ان يرد بدل ما أكل من زاد وشرب من ماء

بحسب العادة •

٢٨١٢ - وقال الشافعي لا يجوز •

فصل

إجارة الجهول

٢٨١٣ - ولا تجوز إجارة مجهول ، ولا بدل غير معلوم كما لا يجوز في

البيع •

إجارة الظئر

٢٨١٤ - واختلف في الظئر اذا استأجرها بطعامها وكسوتها •

فأجاز ذلك أبو حنيفة ، وجعل ذلك موكولا الى أهل الصبي •

٢٨١٥ - وقال أبو يوسف ومحمد لا يجوز ، وهو قول الشافعي •

فصل

٢٨١٥ - واذا أجر بجنس ما استأجر لم يطب له الربح حتى يعمل في الدار

عملا يزيد به النفع •

٢٨١٦ • وقال الشافعي يطيب •

روضۃ القضاء وطريق النجاة

للعامة أبي القاسم علي بن محمد بن احمد الرضبي السمناني

المتوفى سنة ٥٤٩٩ هـ

حققها وقدم لها وترجم لمصنفها

المحامي

الدكتور صلاح الدين الناهي

الاستاذ ورئيس قسم القانون الخاص
في كلية الحقوق بجامعة بغداد (سابقاً)
ورئيس جمعية القانون (مقارن العراقية)
ورئيس الجمعية العراقية لقوانين التأمين

الجزء الثاني

دار الفرقان
عمان

مؤسسة الرسالة
بيروت

جميع الحقوق محفوظة
ولا يحق لأي جهة أن تطبع أو تعطي حق الطبع لأحد
سواء كان مؤسسة رسمية أو أفراداً.
الطبعة الثانية
١٤٠٤م - ١٩٨٤م

صان/الأردن/ جبل الحسين شارع خالد بن الوليد
ص.ب. ١٠٠٣٦ - ٩٢١٥٣٦ - تليفون: ٩٣٧-٦٦٠

للنشر والتوزيع



مؤسسة الرسالة
بيروت - شارع سوريا - نهاية سمدي وصالحه
هاتف: ٣٩٠٣٩ - ٨١٥١١٢ - ٢٤١٦٩٢ - ٢٩٥٥٠١
ص.ب. (٧٤٦٠) برقياً: بيوشران



فصل

- ٢٨١٧- وإذا أجاز المستأجر بيع الدار في المدة بطلت الاجارة •
- ٢٨١٨- وقال الشافعي لا يبطل •

فصل

ما تلف عند الأجير المشترك من غير فعله

- ٢٨١٩- ولا ضمان على الاجير المشترك فيما تلف في يديه من غير فعله •
- ٢٨٢٠- وما أتلف من عمله فهو مضمون عليه •
- ٢٨٢١- خلاف أبي يوسف ومحمد ، والشافعي في أحد قوله يضمن •
- ٢٨٢٢- وقال زفر لا يضمن في الوجهين جميعا وهو أحد قوله أيضا •

فصل

- ٢٨٢٣- وإذا أجر عبده واعتقه والصبي اذا بلغ فلهما الخيار •
- ٢٨٢٤- وقال الشافعي لا خيار لهما •
- ٢٨٢٥- وان أجر مال الصبي ثم بلغ فلا خيار له •
- ٢٨٢٦- وقال الشافعي له الخيار •
- ٢٨٢٧- ولو زوج أمته ثم بلغ فلا خيار له عند الجميع •

فصل

إجارة الكتب

- ٢٨٢٨- وإجارة الدفاتر للقراءة لا تجوز •
- ٢٨٢٩- وقال الشافعي تجوز •

فصل

استجار الدراهم والدنانير

- ٢٨٣٠- واختلف في استجار الدراهم والدنانير للتجمل بها ، والمكاييل للزينة والمعار فأجازه الكرخي ، ومنعه غيره .
٢٨٣١- واختلف أصحاب الشافعي مثل ذلك .

فصل

إجارة العبد المسلم من الذمي

- ٢٨٣٢- واختلف أصحابنا في إجارة العبد المسلم من الذمي ، وخرج أصحاب الشافعي ذلك على وجهين كالبيع .
٢٨٣٣- وقد أجز علي عليه السلام نفسه من امرأة يهودية ليستقي كل دلو بتمرة .

فصل

استجار الحائط

- ٢٨٣٤- ولا تجوز إجارة حائط ليضع عليه خشبة أو يبني ستره .
٢٨٣٥- وقال الشافعي يجوز .

فصل

استجار رجل لنقل الخمر

- ٢٨٣٦- ويجوز أن يستأجر رجلا لينقل الخمر .
٢٨٣٧- وقال الشافعي لا يجوز . لأنه عمل معلوم .

فصل

استجار دار ليتخذها مصلى

- ٢٨٣٨- وإن استأجر دارا ليتخذها مصلى ومسجدا لم يجز .

- ٢٨٣٩- وقال الشافعي يجوز •
 ٢٨٤٠ - وأجاز أصحابنا بيت السواد ان يتخذ بيعة ، ومنهم من اسقط
 الخلاف •

فصل

الدلال

- ٢٨٤١- واذا استأجر رجلا لبيع له ثوبا فالاجارة باطلة لانه يقف على فعل
 الغير •
 ٢٨٤٢- وقال الشافعي يجوز •

الأجرة على الطاعات

- ٢٨٤٣- ولا تجوز الاجارة لتعليم القرآن ولا بشيء من الطاعات والمعاصي •
 ٢٨٤٤ - وقال الشافعي يجوز في تعليم العلوم والقرآن وكل منفعة مباحة ،
 لانه يقف على فعل عدم •

فصل

شرطان في عقد

- ٢٨٤٥- وان شرط أن يعمل في الدار الجديد بدرهم ، وان سكن فنصف
 درهم جاز في قوله الاول ، ولا يجوز في الثاني •
 ٢٨٤٦- وهو قولهما وقول الشافعي •
 ٢٨٤٧ - وان قال ان خطت الثوب اليوم فبدرهم وان خطته غدا فنصف
 (درهم) فالشرط الاول جائز والثاني باطل •
 ٢٨٤٨- وقال زفر : الشرطان باطلان ، وهو قول الشافعي •
 ٢٨٤٩- وقالا جائزان •

فصل

استأجره ليقصص

٢٨٥٠- وان استأجره ليقصص له في النفس فالأجرة باطلة عند أبي حنيفة وأبي يوسف •

٢٨٥١- وقال محمد والشافعي جائزة •

٢٨٥٢- ولو كان على الطرف لجاز عندهم جميعا •

فصل

أجرة القصاص

٢٨٥٣- وأجرة القصاص في الطرف على المقتص له •

٢٨٥٤- وقال الشافعي على المقتص منه •

فصل

استأجر الدابة

٢٨٥٥ - وإذا استأجر دابة الى موضع معلوم فبقيت في يده مدة يمكن ان يمر اليه فلا أجرة عليه •

وقال الشافعي عليه الأجرة •

٢٨٥٦- ولو ساقها في الطريق ولم يركب وجب عليه الأجرة باتفاق •

فصل

كفيل بالأجرة

٢٨٥٧- وإذا أعطاه بالأجرة قبل وجوبها كفيلًا أو أبرأه منها أو صارفه عليها فهو جائز •

٢٨٥٨- وعن أبي يوسف أنه لا يجوز قبل الوجوب •

باب

من اختلافهما في الأجرة

فصل

ادعى أنه أجره داره

٢٨٥٩- وإذا ادعى رجل على آخر أنه أجره داره وأنكر فالقول قوله مع يمينه ، فإن أقام بينة قضى بالأجرة إذا كانت على مدة معلومة واستوفيت شروط الصحة ، ولا خلاف في هذا الفصل •

فصل

اختلافهما في الثوب

٢٨٦٠- وإذا اختلف رب الثوب والخياط في الثوب فقال رب الثوب أمرتك بقميص ، وقال الخياط بقباء ، فالقول قول رب الثوب عندنا •
٢٨٦١- وكذلك إذا اختلف هو والصباغ فقال الصباغ أمرتني بأحمر وقال رب الثوب بأخضر •
٢٨٦٢- وقال ابن أبي ليلى القول قول الخياط والصباغ •
٢٨٦٣- وقال الشافعي بالقولين جميعا •
٢٨٦٤- ومن أصحابنا من قال له قول آخر انهما يتحالفان في ذلك لان الاذن مستفاد من جهة رب الثوب فكان القول قوله فيه كما لو ادعى ابنه ونفاه فان القول قوله •

فصل

اختلافهما في قدر المنفعة أو الأجرة

٢٨٦٥- وإذا اختلفا في قدر المنفعة أو الأجرة أو فيهما فأنهما يتحالفان ، قياسا على البيع ، لاختلافهما في العقود عليه •

٢٨٦٦- وإذا تحالفا في ذلك كان الحكم في ذلك كالحكم في البيع على ما قدمنا من الخلاف في فسخ العقد بهما أو بالحاكم لأن الاجارة كالبيع لانها بيع المنافع •

فصل

اختلافهما في مقدار الاجرة

٢٨٦٧- وان قال اجرتي الدار سنة بخمسة وقال المؤجر بعشرة تحالفا كما قدمناه ، وايهما نكل عن اليمين لزمه دعوى الاجر •
٢٨٦٨- وقياس قولهم في البداية باليمين ان يبدأ المؤجر كما يبدأ البائع على قول أبي يوسف ، وقول محمد يبدأ المشتري فينبغي ان يبدأ بالمستأجر وهنا •
٢٨٦٩- هذا اذا اختلفا قبل العمل والسكنى •
٢٨٧٠- فان اختلفا بعد فراغ العمل ومضي المدة فالقول قول المستأجر مع يمينه كالخلاف بعد هلاك السلعة •

فصل

العبرة بينة المؤجر

٢٨٧١- وان أقاما بينة أخذت بينة المؤجر لانها تثبت الزيادة في ذلك فكانت أولى ، ولان المستأجر بينته تنفي والاخرى تثبت فكانت أولى بالعمل •

فصل

اختلافهما في المدة أو قدر المسافة

٢٨٧٢- وإذا اختلفا في المدة أو قدر المسافة فهو على ما مضى من التحالف والنكول •
٢٨٧٣- وان أقاما جميعا البينة اخذت بينة المستأجر لانها تثبت زيادة المدة والمسافة والاخرى تنفي ذلك فيكون المثبت أولى •

فصل

ادعاء كل واحد منهما فضلاً

- ٢٨٧٤- وإذا ادعى كل واحد منهما فضلاً •
٢٨٧٥- فقال المؤجر أجرتك الى القصر بعشرة وقال المستأجر اجرتني الى الكوفة بعشرة تحالفا ، وايهما نكل لزمه دعوى الآخر • وان أقام احدهما بينة قضى بها •
وان أقاما جميعا البينة قبلت بينة كل واحد على فضل عقده لانها تثبت استحقاقا له على الآخر فتقبل في الفضل •

فصل

اختلافهما في المسافة والأجرة

- ٢٨٧٦- ولو قال المؤجر : اجرتك الى القصر بدينار ، وقال المستأجر الى الكوفة بعشرة دراهم ، فهي الى الكوفة بدينار وعشرة لأنها اختلفا في اجر الدابة الى القصر ، فأقاما البينة ، فالبينة بينة المؤجر ، ثم ادعى المستأجر اجارة الى الكوفة بعشرة ، لان القصر نصف الطريق ، ويجحد ذلك المؤجر فتكون البينة المثبتة للاجارة اولى ، فلهذا قضينا بها الى الكوفة بدينار وعشرة دراهم •

فصل

اختلافهما في طول الثوب وعرضه

- ٢٨٧٧- ولو دفع غزلا الى الحائك لينسج له ثوبا سبعا في أربعة ففسجه ستا في أربعة ، فصاحب الثوب بالخيار •
ان شاء سلم له الثوب وضمنه مثل غزله ، وان شاء أخذه واعطاه بحساب ذلك من الاجر الذي سماه ، لان غرض صاحب الثوب لم يسلم له ، لانه ينتفع بالطويل مالا ينتفع بالقصير ، فكان الخيار له ، فان اختار الاخذ أخذ بحسابه ،

كمن استأجر رجلا ليضرب له لنا معدودا فضرب بعضه وفات وقت الضرب استحق بحساب ما عمل ، كذلك هذا •

فصل

إفساد صفة المصنوع

٢٨٧٨- ولو نسجه على ما قال من الذرع الا أنه أفسد الصفة فجاء به رقيقا وقد أمره بالصفيق ، أو جاء به صفيقا وقد أمره بالرقيق فصاحب الثوب بالخيار ان شاء ضمنه مثل غزله ، وان شاء اخذ الثوب واعطاه اجر مثله ، لا يتجاوز به مسمي ، لانه اتى بالمعقود عليه وخالف في صفة فثبت له الخيار •

فصل

الزيادة في ذرع المصنوع

٢٨٧٩- واذا ما أتى بالذرع والصفة المعقود عليها وزاد في ذرعه ، فصاحب الثوب بالخيار ان شاء ضمنه مثل غزله وكان الثوب للصانع ، وان شاء أخذ الثوب وأعطاه المسمي ، ولا يزيد في الاجر لزيادة الذرع ، لان الصفة تغيرت فثبت الخيار ، ولا أجرة فيما زاد لانه عمله يغير اذن صاحبه •

فصل

اختلافهما حول ما زاد في الثوب بالصبغ

٢٨٨٠- واذا دفع رجل الى صباغ ثوبا ليصبغه أحمر فصبغه ، واختلفا : فقال الصباغ عملته بدرهم •
وقال رب الثوب بدا نقين •

فان أقاما بينة أخذت بينة الصباغ ، وان لم يكن لهما بينة فاني أنظر الى ما زاد الصبغ في الثوب ، فان كانت درهما أو أكثر اعطيته اكثر بعد ان يحلف الصباغ ما صبغه بدانقين ، وان كان الصبغ زاد أقل من دانقين اعطيته دانقين ، ولم

يذكر أصحابنا في الكتاب اذا زاد على داتين ونقص عن درهم ، وينبغي أن يعطي
مازاد على ذلك كما قالوا في مهر المثل •

فصل

اختلافها حول الاتفاق على أجرة الصانع

- ٢٨٨١ - واذا عمل الصانع [على] ما أراد رب الثوب ثم اختلفا •
فقال رب الثوب عملته بلا اجرة •
وقال الصانع بل عملته باجرة •
فالقول قول رب الثوب عند ابي حنيفة لان المنافع لا تقوم الا بعقد والصانع
يدعيه ورب الثوب ينكره فلا يصدق •
٢٨٨٢ - وقال أبو يوسف :
ان كان حريفا وله عادة ان يعمل باجرة فله الاجرة لان المعتاد كالمنطوق
به في العقد كنقد البلد •
٢٨٨٣ - وقال محمد : ان كان الصانع متدبا لهذه الصنعة وهي حرفته
فالقول قوله أنه باجرة لان الظاهر معه في ذلك •

فصل

حبس الشيء المصنوع بالأجرة

- ٢٨٨٤ - واذا عمل الصانع ما استؤجر عليه فله حبسه حتى يستوفي الاجرة •

ليس للحمال حق حبس البضاعة

- ٢٨٨٥ - وليس ذلك للحمال والجمال وهذا ظاهر المذهب •
٢٨٨٦ - ومنهم من قال : ليس له ^(١) حبس ذلك لانه لم يرهن العين عنده،
فلم يجز له حبسها كالحمال •

(١) الضمير يعود الى الصانع المذكور في الرقم ٢٨٨٤ •

٢٨٨٧- ومن قال له الحبس يقول : ان عمله ملكه فجاز له حبسه على
عوضه ، كالبيع في يد البائع •

فصل

عدم ذكر أجره الخياط

٢٨٨٨- واذا دفع اليه الثوب ليخطه ولم يذكر له الاجرة ففيه أربعة
أفويل •

٢٨٨٩- أحدها انه تلزمه الاجرة وهو اختيار المزني ، لانه استهلك عمله
فلزمه أجرته •

٢٨٩٠- والثاني ان قال له خطه لزمه ، وان بدأ الرجل فقال : اعطني
لاخطه لم يلزمه ، وهو قول ابي اسحق •

٢٨٩١- لانه أمره فقد لزمه بالامر والعمل لا يلزمه الا بالاجرة فلزمته •
وان لم يأمر لم يوجد فلم يجب الاجر •

٢٨٩٢- والثالث انه : ان كان الصانع معروفا بأخذ الاجرة صار المرفق
في حقه كالشرط •

٢٨٩٣- والرابع لا يلزمه بحال ، وهو الصحيح عندنا •
وهو قول ابي حنيفة ، والمعمول به من مذهب الشافعي ، لانه لم يجز بينهما
عقد يقتضي العوض ، والصانع يجوز ان يتطوع بعمل فلا يستحق اجرة •

فصل

ضمان الحمل

٢٨٩٤- واذا استأجر رجلا ليحمل له شيئاً على ظهره أو دابته الى موضع
فزلق ووقع فانكسر المتاع ، فهو ضامن ، وصاحبه بالخيار ان شاء ضمنه قيمته
عند أول الحمل ولا اجرة له ، وان شاء ضمنه قيمته وقت الوقوع واعطاه من
الاجرة بحساب ذلك •

- ٢٨٩٥- وكذلك الجواب ان تعتمد الكسر .
 ٢٨٩٦- وقال زفر اذا تعتمد الكسر لا خيار ويضمن في المكان الذي كسره
 ويعطيه الاجر .
 ٢٨٩٧- وقيل ان قول ابي حنيفة اذا تعتمد الكسر مثل قول زفر .

فصل استحقاق الأجرة

- ٢٨٩٨- وتستحق الاجرة بثلاثة اشياء :
 أما أن يمجل الاجرة فيملك بالتعجيل أو يشترط التعجيل أو يستوفي المنفعة .
 ٢٨٩٩- وقد قالوا : لو استأجر ابلا الى مكة قال أبو حنيفة لا يعطى الاجر
 حتى يرجع ، وفي قوله الآخر يعطي بحساب ذلك كلما سار ، وهو قولهما .
 ٢٩٠٠- وقال ابو يوسف في الامالي ليس له أن يعطيه حتى يذهب ثلث
 الطريق أو ربعه .

فصل الاستئجار بطعام موصوف

- ٢٩٠١- واذا استأجر طعام موصوف وبين الصفة لا يصح حتى يبين موضع
 التسليم عند ابي حنيفة .
 ٢٩٠٢- وقال أبو يوسف ومحمد :
 يسلم اليه عند الدار .
 ٢٩٠٣- ولو كان طعاما معينا سلم عند الطعام في قولهم جميعا .

فصل استئجار المكاتب ظنراً

- ٢٩٠٤- واذا استأجر مكاتب ظنراً فعجز بطلت الاجارة ، لانه لا يملك العقد

بعد العجز ، ولو كانت مكتوبة اجرت نفسها ظئرا أو اجرت أمتها ثم عجزت
فالأجارة بحالها في قول ابي يوسف •

٢٩٠٥- وقال محمد تبطل الاجارة :

٢٩٠٦- ولو كانت أمة مأذونة اجرت نفسها فحجر عليها المولى فالأجارة
صحيحة باقية الى آخر المدة ، لان العقد وقع للمولى في الابتداء •

فصل

اختلاف المؤجر والمستأجر في الدابة

٢٩٠٧- وإذا اختلف المؤجر والمستأجر في الدابة :

فقال المستأجر استأجرتها الى بغداد بعشرة •

وقال المؤجر اجرتها الى القصر وهو نصف الطريق بخمسة عشر •

فعد ابي حنيفة في قوله الاول وهو قول زفر والحسن يقضي بالأجارة
بخمسة عشر الى بغداد •

٢٩٠٨- وفي قول ابي حنيفة الآخر وهو قول ابي يوسف ومحمد يقضي
بالعشرة الى بغداد •

فصل

تجاوز المكان الذي استأجر الدابة إليه

٢٩٠٩- وإذا استأجر دابة الى مكان فتجاوز ذلك المكان ضار ضامنا •

٢٩١٠- فإذا رجع الى ذلك المكان برىء من الضمان في قول ابي حنيفة

الاول ، وهو قول زفر ، وفي قولهما وهو قوله الآخر لا يخرج من الضمان ما لم
يصل الى صاحبها •

٢٩١١- وكذلك الخلاف في العارية ، وفي الوديعة اتفقوا انه يبرأ •

فصل

ضمان مستأجر القسطاط

٢٩١٢- وإذا استأجر قسطاطا وسلمه الى غيره فهو ضامن في قول ابي

يوسف •

٢٩١٣- وقال محمد لا يضمن كمن استأجر دارا واجرها لغيره لا يضمن •

فصل

استئجار طريق في دار

٢٩١٤- واذا استأجر طريقا في دار رجل ولم يبين موضعه فلاجارة فاسدة عند ابي حنيفة وتجوز عند أبي يوسف ومحمد ، لأنها بمجهول فلا تجوز اجارته •

فصل

استأجره ليضرب لبناً

٢٩١٥- واذا استأجره ليضرب له لبناً ، فضرب اللبن وطلب الاجرة ، فانها لا تجب حتى يشرح اللبن عند ابي يوسف ومحمد ، وتجب عند ابي حنيفة اذا أقامه لان الشرح زيادة عمل في اللبن على ضربه ، وبالقيام قد ثبت سلامته^(١) فلا يجب ما زاد •

فصل

اختلافهما في رد الشيء المصنوع

٢٩١٦- واذا اختلف المستأجر والصانع فقال الخياط رددت الثوب عليك ، وقاب رب الثوب لم ترد ، فالقول قول الصانع عند ابي حنيفة ، وقالوا القول قول رب الثوب لانه أمين كالمودع وهما جعلاه كالغاصب •

باب

فيما يلزم المكري والمكثري

٢٩١٧- ويجب على المكري ما يحتاج اليه للتمكن من الانتفاع كمفتاح

(١) توقفت نسخة قليج بعد كلمة (قد) عن اتمام العبارة ، أما نسخة المعهد فربما كانت عبارتها على نحو ما اثبتناه فانها مشككة الخط •

- الدار وزمام الجمال ، والبرة^(١) التي في أنفه ، والحزام والثقب والسرج والمجام للفرس ، لان التمكّن عليه لا يحصل الا بذلك .
- ٢٩١٨- وان تلف شيء منه في يد المكترى لم يضمن ، كما لا يضمن المستأجر .
- ٢٩١٩- وعلى المكري بدله لان التمكّن يستحق عليه .
- ٢٩٢٠- وما يحتاج اليه كمال الانتفاع كالدلو والجبل والمحمل والقطاء فهو على المكترى .

فصل

- ٢٩٢١- واخلف فيما يشد به أحد المحملين الى الآخر .
- فمنهم من قال هو على المكري لانه من آلة التمكّن .
- ومنهم من قال هو على المكترى لانه بمنزلة تأليف المحمل^(١)

فصل

ما على المكترى

- ٢٩٢٢- وعلى المكترى اشالة الحمل وحطه وسوق الظهر^(٢) وقوده لان العادة انه يتولى ذلك .
- ٢٩٢٣- وعليه أن ينزل الراكب للطهارة وصلاة الفرض ، لانه لا يمكن ذلك على الظهر .

علف الظهر

- ٢٩٢٤- وعلى المكري علف الظهر وسقيه لانه من مقتضى التمكّن .

(١) كذا ولم أجه لها ذكرا في مادة برز في لسان العرب ولكن ورد فيه في مادة برز : البرزاز قصبة من حديد .

(١) أى مما يحتاج اليه الكمال الانتفاع وهو كما ذكر في القاعدة السابقة على المكترى .

(٢) الظهر : الابل التى يحمل عليها ويركب ، ويقال : عند فلان ظهر أى ابل ، ويجمع على ظهران بالضم وفلان على ظهر أى مزع للسفر غير مطمئن كأنه قد ركب ظهرا لذلك (لسان العرب) .

فصل رد المستأجر

٢٩٢٥- واختلف في رد المستأجر بعد انقضاء الاجارة :
فمنهم من قال لا يلزمه قبل المطالبة لانه أمانة في يده فلا يلزمه الرد كالوديعة .
٢٩٢٦- ومنهم من قال يلزمه لانه غير مأذون في امساكها بعد المدة كالعارية الموقفة .

فصل

حدود ما يستعمل في المنفعة

٢٩٢٧- وللمستأجر ان يستعمل مثل المنفعة المعقود عليها بالمعروف ، وما دون ذلك من الانتفاع ، فلمن استأجر ان يدع المتاع ولا يسكن لانه دون السكن .
٢٩٢٨- واختلف هل له أن يدع فيها ما تتسارع اليه النار ؟
فمنهم من منع ذلك لان النار تنقب الحائط فتخرب الدار .
ومنهم من اجازه لان ذلك متعارف في السكن .
ما يتنفع به من القميص المكترى
٢٩٢٩- ومن اكترى قميصا فليس له النوم فيه ليلا ، وجوز بالنهار ، لان الثوب يخلع ليلا .

فصل

ماله أن يفعله في الظهر المستأجر

٢٩٣٠- وله أن يضرب الظهر ويكبحه بالدجام وبالرجل لثلا يسقط للاستصلاح فان عطب من ذلك فعليه الضمان عند ابي حنيفة لان ذلك يباح بشرط السلامة وكضرب الزوجة (١) .

(١) قوله كضرب الزوجة أى ان المعيار واحد وهو شرط السلامة السندي اشترطه أبو حنيفة . وقد جاء في كتاب تأسيس انظر للدبوسي (ص ١٨) :
« الاصل عند ابي يوسف ومحمد (ر) ان ما حصل مفعولا بأذن الشرع كان كأنه حصل مفعولا بأذن من له الولاية من بنى آدم ، وعند ابي حنيفة يدرج فيها بشرط السلامة » .

٢٩٣١- وقال لا ضمان .

٢٩٣٢ - واختلف فيه أصحاب الشافعي .

فصل

استاجر ليزرع حنطة

٢٩٣٣- وإذا استاجر ليزرع حنطة فله أن يزرع مثلها ، وما دونها في الضرر ، ولا يزرع مافوقها ، لأن الدون قد يرد بعض حقه وما زاد لا يستحقه^(١) .

فصل

اكترى لحمل القطن

٢٩٣٤- ولو اكترى لحمل القطن لم يحمل عليه الحديد لأنه اضر على الظهر من القطن لاجتماعه وثقله .

فصل

٢٩٣٥ - ولو اكراه للحديد فله أن يحمل القطن لأنه اوطأ ، وقال الشافعي ليس له ذلك لأن الريح تدخل فيه فتزيد ثقله .

فصل

الإرداف

٢٩٣٦ - وإذا أردف خلفه انسانا فعطبت الدابة فعلى الرديف .
لأنه تلف بفعل مباح ومخطور ، وأن كانت بحيث لا يعقب احد الزممه الضمان جميعه لأنه أتلف ذلك .

فصل

زاد في الأوقرة

٢٩٣٧ - وإن استآجره لحمل عشرة أوقرة فحمل عليه أحد عشر وقرا

(١) مبدأ الكسب دون سبب .

فمنهم من أوجب عليه ضمان وقر واحد لانه تعدى فيه ، والباقي يستحقه ، ومنهم من قال بالزيادة خرج أن يستحق المنفعة المعقود عليها •

فصل

- ٢٩٣٨- وعلى هذا الاصل قال ابو حنيفة :
اذا شرب نبذا فسكر فالمحرم هو الشربة الاخيرة لان عندها حصل السكر ،
وفيها وقع التمدي •
٢٩٣٩- وقال أبو يوسف يعتبر الجميع حراما لانها والذي قبلها وقع السكر
(به) ، ولو انفردت لم تؤثر •
وكذلك قوله في الاجارة اذا زاد على المستحق •

فصل

إعارة المستأجر

- ٢٩٤٠- وله أن يستوفي المنفعة بنفسه ويعيره اذا كان دونه في الاستعمال •

باب فسخ الإجارة الفسخ بالعيب

٢٩٤١- وتفسخ الإجارة بالعيب الموجود بها الذي يؤثر في الانتفاع ، وفيما يحدث فيها لأنها كالبيع وهذا بعقر الدابة ويجرحها وانقطاع الماء والشرب وفساد الدولاب والنهر وخراب الدار والدكان وموت العبد والدابة وجفاف لبن المرضعة وموت الصبي ، وإذا أفلس المستأجر وقام من السوق ، وإذا باع القاضي السدار في دين عليه ، وإذا برىء الضرس الذي يقلعه ، ومسائل كثيرة من هذا الجنس في بعضها خلاف ، وفي البعض وفاق •

فصل غصب العين المستأجرة

٢٩٤٢- وإذا غصبت العين المستأجرة من يد المستأجر فإن كان العقد على موصوف في الذمة طالب المؤجر بأقامة عين مقامها ، وإن كان على العين فللمستأجر أن يفسخ العقد لأنه تأخر حقه فثبت له حق الفسخ •

٢٩٤٣- وإن لم يفسخ وكانت الإجارة على عمل لم يفسخ لأنه يمكن استيفاؤه إذا وجده ، وإن كانت على مدة فانتقضت فعندنا قد انفسخت الإجارة ويرجع بالاجرة إن كان تسلمها وإن لم يكن تسلم فلا شيء عليه •

٢٩٤٤- وللشافعي قولان :

أحدهما يفسخ العقد ويرجع المستأجر على المؤجر بالمسمى ويرجع المؤجر على الغاصب بأجرة المثل •

والثاني لا يفسخ بل يخير المستأجر بين الفسخ ويرجع على المؤجر بالمسمى ثم يرجع المؤجر على الغاصب بأجره المثل ، وبين أن يقر العقد ويرجع على الغاصب بأجرة المثل •

فصل

مصير البناء والغرس بعد انقضاء الإجارة

٢٩٤٥- وإذا انقضت مدة الإجارة وفي الأرض بناء أو غرس ، لزم المستأجر قلع ذلك وتسليم الأرض كما أخذها فارغة غير مشغولة •

٢٩٤٦- وقال الشافعي :

إذا شرط في العقد القلع عند الفراغ وجب عليه القلع ، وإن أطلق العقد فالمؤجر بالخيار إن شاء طالبه بالقطع وضمن له التقصان الذي حصل بالقلع وإن شاء أعطاه القيمة وملك الغرس ، وإن شاء تركه بإجرة المثل •

٢٩٤٧- وهذا لا يصح لأنه غير معهود في البناء والغرس فلا يستحق بقيته في ملك المؤجر ، كما لو أجره داره وترك فيها متاعه فإنه يكلف نقله كذلك هذا مثله ، والشافعي جعل ذلك كالزرع إذا انقضت المدة وهو في الأرض ، والفرق بينهما أن الزرع له غاية ينتظر إليها فلا يضر به والغرس بخلافه وورد^(١) أن الزرع كالثمرة فإنا نترك ذلك بأجر مثله •

٢٩٤٨- وكتاب الإجارة من الكتب الكبار ، وفيه كل عجيب من المسائل ، وفي هذا الذي ذكرت إشارة إلى المقصود في الأصول ، والله الموفق •
وإذا قد ذكر الإجارة ، وكانت المزارعة نوعاً منها وجب ذكرها •

(١) كذا في نسخة قليج أيضاً ولعل أصل الكلمة : ورد •

كتاب المزارعة

جواز المزارعة^(١)

- ٢٩٤٩ - اعلم ان المزارعة عقد اختلف الفقهاء في جوازه وصحته في اصله .
- ٢٩٥٠ - فقال ابو حنيفة لا تجوز بحال .
- ٢٩٥١ - وقول الشافعي اذا انفردت الارض عن النخل والشجر .
- ٢٩٥٢ - وبه قال مالك .
- ٢٩٥٣ - وهو قول ابن عباس وابن عمر وزيد بن ثابت ورافع بن خديج من الصحابة رضي الله عنهم .
- ٢٩٥٤ - وقال ابو يوسف ومحمد وسفيان الثوري وابن ابي ليلى واحمد هي جائزة^(٢) .
- ٢٩٥٥ - وهو مذهب علي بن ابي طالب رضي الله عنه وعمار وابن مسعود رضي الله عنهما .

فصل

ما يجوز استئجار الأرض به

- ٢٩٥٦ - ويجوز استئجار الارض بكل ما جاز ان يكون بدلا في البيع وثمنا له لان البدل لا يختلف في العقود .
- ٢٩٥٧ - وقال بعض الفقهاء والسلف لا تجوز الا بالدراهم والدنانير ، ولا تجوز بما يخرج منها .
- ٢٩٥٨ - واذا كان الخارج من الارض لا ينع ان يكون عوضا في البيع فكذلك الاجارة .

(١) في خزانة الفقه لابي الليث السمرقندي (ص ٣١٢) . قال ابو يوسف ومحمد (ر) جائزة اذا كانت معلومة ، وان يكون الخارج شائعا بينهما .

(٢) وقد اخذ الطحاوي بذلك (ص ١٣٣ من مختصره) .

فصل

شرط زراعة نوع بعينه

٢٩٥٩ - وإذا شرط ان يزرع في الارض نوعا فزرع ما هو أقل ضررا منه جاز .

٢٩٦٠ - وقال أهل الظاهر لا يجوز الا ما شرط خاصة .

فصل

المزراعة على أربعة أوجه :

٢٩٦١ - وتفرع كتاب الزراعة على قول من اجازها فقال ابو يوسف ومحمد :
المزراعة على اربعة اوجه : [فتلاثة اوجه منها تجوز الزراعة عليها ، ووجه منها لا تجوز الزراعة عليه]^(١) .

٢٩٦٢ - احدها اذا كانت الارض والبذر لواحد والعمل والبقر لآخر
جازت الزراعة لان رب الارض يستأجر العامل ببعض الخارج ، والبقر غير مستأجر بل هو مع العمل فجازت الزراعة .

٢٩٦٣ - والثاني ان تكون الارض لواحد والعمل والبقر لواحد فهو جائز ايضا لان العامل مستأجر للارض ، والبقر غير مستأجر ، وانما يستعمله لنفسه وذلك لا يمنع صحة العقد .

٢٩٦٤ - والثالث أن تكون الارض والبقر ولواحد والعمل من جهة

(١) من مختصر الطحاوى (ص ١٣٣) .

(١) الزراعة عبارة عن عقد الزراعة ببعض الخارج ، وهو اجارة الارض والعامل ببعض الخارج (التحفة ٣-٣٦٠) وتسمى المخابرة بلفظة أهل المدينة والمحاقلة ، ويسمونها أهل العراق القراح (مجمع النهرين ٢ - ٤٨٠) وقد عرف ابن عرفة من المالكية الزراعة بانها شركة الحرث (البهجة فى شرح التحفة ٢/٢٠٣) .

الآخر لانه مستأجر للعامل ببعض ما يخرج من الارض وذلك جائز ، والبقر
فليس يستأجره لان الرجل لا يستأجر بقر نفسه وإنما يعمل بها •

٢٩٦٥ - والرابع : اذا كان البذر والعمل لواحد والارض والبقر للآخر
فهى باطلة ، لان صاحب البذر هو المستأجر ، والبقر فى هذه المسألة مستأجر
بعض الخارج لانه تابع للعمل المعقود عليه وذلك لا يجوز •

وقد روى عن ابي يوسف فى الاملاء ان هذا الوجه أيضا جائز
لان العامل كالمضارب ، ولو دفع رب المال دابة يحمل عليها المتاع جاز ذلك فكذلك
هذا •

فصل

جهالة المدة

٢٩٦٦ - ولا تجوز عندهما على مدة غير معلومة كما لا تجوز الاجارة الا على
مدة معلومة ، وكذلك كان القياس فى البدل الآخر ، لكنه ترك للانثر والحاجة •

فصل

الشياع فى جميع الخارج

٢٩٦٧ - ولا تجوز الا أن يذكر اسم العامل على طريق الشياع فى جميع
الخارج كالعامل فى المضاربة •

٢٩٦٨ - وان شرط له من الربيع قدرا معلوما فسدت المزارعة لانه يجوز أن
لا يخرج غير ذلك القدر ، فلايهما شرط ذلك فهو سواء فى الفساد •

فصل

أجر العامل فى المزارعة الفاسدة

٢٩٦٩ - واذا فسدت المزارعة فلعامل أجر مثله ، ويكون الربيع لصاحب
البذر لانه مما ملكه ، وللآخر اجر عمله لانه به حصلت الفائدة •

فصل

لا شيء للعامل مع عدم الخارج

٢٩٧٠ - وان لم يخرج فى الارض شيء فلا شيء للعامل فى المزارعة الصحيحة

لانه شرط له جزءا من الخارج ولم يحصل ، كما لا يكون للمضارب منهما اذا لم يربح .

فصل

البذر من رب الأرض

٢٩٧١- وان كان البذر من قبل رب الأرض فللعامل اجر مثله لانه لايزداد على مائسرت .

٢٩٧٢ - وقال محمد أجر مثله بالغنا مابلغ لأنها عقد كالأجارة ، وقد تقدم شأن ذلك .

فصل

البذر من العامل

٢٩٧٣- وان كان البذر من قبل العامل فرب الأرض أجر مثلها لان العامل استوفى منفعة الأرض فكان عليه بدلها .

فصل

امتناع صاحب البذر

٢٩٧٤- قالوا : واذا عقدا المزارعة فامتنع صاحب البذر من العمل لم يجبر عليه ، وان امتنع الذي ليس من قبله البذر اجبره الحاكم على العمل ، لان الذي من قبله البذر لايتوصل الى الوفاء بالعقد الا باتلاف ماله الذي هو البذر فلا يجبر عليه ، كمن استأجر رجلا لهدم داره ، لانه يلحقه ضرر فلا يلزمه الوفاء .

فصل

انقضاء المدة والزرع لم يدرك

٢٩٧٥- واذا انقضت مدة المزارعة والزرع لم يدرك كان على الزارع أجر مثل نصيبه من الزرع الى أن يستحصد لانه منتفع بملك غيره من غير اذن ، وذلك لايجوز بغير عوض ، وقلع نصيبه ضرر عليه ويمكن ايفاء الحقين بتبقيته الى وقت الحصاد .

فصل التفقة على الزرع

- ٢٩٧٦ - والتفقة على الزرع عليهما على مقدار حقوقهما .
٢٩٧٧ - واجرة الحصاد والرفاع والدياس عليهما ، وكذلك التذرية لأن هذا عمل بعد كمال الزرع فكان عليهما .
٢٩٧٨ - وما كان [من] بذر وسقي فعلى المزارع لانه معقود عليه ، وما كان بعد القسمة فعلى كل واحد منهما اجرة عمله .

فصل موت رب الأرض قبل الزرع

- ٢٩٧٩ - واذا مات رب الأرض قبل أن يزرع الزارع بعدما كرب وحفر الانهاز بطلت المزارعة ، ولم يكن على ورثة الأرض شيء لاجل الكراب وغيره ، لانه ليس في الفسخ اطلاق مال المزارع فلم تجز بقية المزارعة حتى يستوفي حقه ، واما العمل فلم يقومه بالعقد ، وانما قومه بالخارج ولم يوجد ذلك (١) .

فصل

- ٢٩٨٠ - واذا شرط بعض الخارج لعبد احدهما والعبد مأذون له ، والبذور من قبل رب الأرض والشرط لعبد رب الأرض ولا دين عليه فانه يكون للمولى ، سواء شرط عمل العبد أو لم يشرط ، وان كان على العبد دين فان شرط عليه العمل جاز ، وان لم يشرط عليه العمل فما شرط للعبد يكون للدافع .
٢٩٨١ - وان كان عبد المزارع ، ولم يكن على العبد دين فما شرط للعبد

(١) هذه النتيجة المنطقية التي وصل اليها المؤلف يكمن وراءها فكسرة اعتبارها العمل عرضا فلا يعوض مالم يترك أثرا أو يقيم فتكون العبرة بما قيم به ، ولكن هذه النتيجة المنطقية لا يخفى ماتجره من هدر لجهود الزارع لان العمل ان يكن من وجهة النظر الفلسفية عرضا لا يبقى في زمانين ويفنى كلما ونجد فانه من وجهة النظر الاقتصادية منفعة وجهد بذلا فافتقر المزارع بذلك وافاد رب الأرض منه ، فكان على الورثة ان يعوضوا العامل عمله أو أن تبقى الاجارة الى نهاية الموسم فيقتسم العامل والتركة الناتج .

يكون للمزارع ، وان كان عليه دين فان شرط عليه العمل جاز وصار كأنه دفع المزارعة الى اثنين وان لم يشرط عليه العمل فان قياس قول ابي حنيفة ماشرط للعبد يكون لرب الارض والبذور •

٢٩٨٢- وفي قول ابي يوسف ومحمد ماشرط للعبد يكون لمولاه لان المولى يملك كسبه وان كان عليه دين ، وهذا اذا كان البذر من قبل الدافع •

فصل

التبن لمن؟

٢٩٨٣- وحكى الطحاوي في المختصر ان التبن لصاحب البذر عند محمد ، وروى عن ابي يوسف انه لايجوز حتى يكون التبن بينهما ، وروى ذلك فسي الاملاء ، ثم وجدنا محمدا قد رجع الى قول أبي يوسف •

فصل

الحصاد والدياس على من؟

٢٩٨٤- واذا شرط الحصاد والدياس على المزارع فللمزارعة فاسدة •
٢٩٨٥- وروى عن ابي يوسف انه يجوز ، وهو اختيار شيوخ خراسان وما وراء النهر لان العادة أن يفعل ذلك •

فصل

اختلاف الحصة باختلاف ميعاد الزرع

٢٩٨٦- وان دفع أرضا على أنه ان زرع في أول جمادي الاولى فللمزارع

النصف ، وان زرع في آخره فله الثلث فالشرط الاول جائز ، والثاني باطل عند
ابي حنيفة ، على قياس قول من اجاز المزارعة ، وهو مثل اختلاف الاجارة فيكون
عندهما الشرطان جائزين •

باب

اختلافهما القول لمن في حصة المزارع ؟

٢٩٨٧- واذا اختلفا فقال الدافع شرطت لك النصف وقال المزارع النصف
وزيادة عشرة أفقرة فالقول قول الدافع في قياس قول ابي حنيفة •
وقال ابو يوسف ومحمد القول قول المزارع •

اختلافهما في العشر

٢٩٨٨- وان اختلفا في العشر فكله على رب الارض في قياس قول ابي
حنيفة •

سرقة الزرع قبل حصاده أو بعده

٢٩٨٩- وان سرق الزرع بعدما حصد سقط عن رب الارض نصف العشر
وعليه أن يفرم نصف العشر •
٢٩٩٠- وان سرق قبل الحصاد سقط عنه الكل •
٢٩٩١- وقول ابي يوسف ومحمد العشر عليهما على قدر الخارج والشرط ،
وان سرق سقط العشر ولا فرق فيما قبل الحصاد وبعده •

فصل

الغاصب يزرع الأرض

٢٩٩٢- والغاصب اذا زرع الارض فان لم ينقص فالعشر على الزارع أو
الخراج عندهم جميعا ، وان نقصت الارض فالعشر والخراج على رب الارض عند
ابي حنيفة ، لانه اخذ العوض عنها ، وعندهما على الزارع في جميع الاحوال •
واذا قد ذكرنا مسائل المزارعة وذكرنا بعضا من جملها وجب ذكر المسافة •

كتاب المساقاة

وهذا كتاب المساقاة (١)

- ٢٩٩٣ - اعلم ان الخلاف في جواز المساقاة كالخلاف في المزارعة ، فأبو حنيفة لا يجيزها بحال .
- ٢٩٩٤ - وأبو يوسف ومحمد يجيزانها على شرائط منها ان تذكر مدة معلومة وجزء معلوم شائع من الثمر .
- ٢٩٩٥ - وهو قول الشافعي ومالك .
- ٢٩٩٦ - وسوى أبو حنيفة بينها وبين المزارعة في البطلان ، وسويا هما في الصحة والجواز .
- ٢٩٩٧ - وفرق الشافعي بين المزارعة وبين المساقاة فأجاز المساقاة وأبطل المزارعة ، ولا فرق بينهما فيما ورد من الأثر والحاجة لأن النبي عامل بجزء من الخارج فأشبه المزارعة .
- ٢٩٩٨ - وقال أبو حنيفة ينبغي ان تأخذ بالهوى وقد روى عن النبي عليه السلام أنه نهى عن المخابرة (٢) .

(١) جاء في لسان العرب في مادة سقى «المساقاة في النخيل والكروم على الثلث والرابع وما أشبهه .

يقال ساقى فلان نخلة أو كرمه اذا دفعه اليه وأستعمله فيه على أن يعمره ويسقيه ويقوم بمصلحته من الآبار وغيره ، فما اخرج الله منه فللعامل سهم من كذا وكذا سهما مما تفلح ، والباقي لمالك النخل ، وأهل العراق يسمونها المعاملة .

(٢) في لسان العرب في مادة خبر : الخبر والخبر : المزايدة العظيمة والجمع خبرور . . . والخبراء منتقع الماء ، وخص بعضهم به منتقع الماء في أصول السدر ، وقيل الخبراء ألقاع ، ينبت السدر ، والجمع الخبرارى والخبارى مثل الصحارى والصحارى . . . وخبراء الخبرة شجرها ، وقيل الخبر منبت السدر فى القيعان ، والخبراء قاع مستدير يجتمع فيه الماء وجمعه خبرارى . . . الليث : الخبراء شجره فى بطن روضه يبقى فيها المساء الى القيظ ، ومنها ينبت الخبر وهو شجر السدر والاراك وحواليها عشب كثير وتسمى الخبرة والجمع

٢٩٩٩ - قال ابن الاعرابي ذلك مشتق من معاملة أهل خيبر ثم ضارت بعد مستمثلة حتى يقال للإجارة مخابرة^(١) وهما في معنى واحد فإذا ابطال أحدهما بطل الآخر •

فصل

- ٣٠٠٠ - وأجازها الشافعي على النخيل والكرم في قوله الجديد ، وقال في القديم تجوز على كل الثمار ، وهو قول أبي يوسف ومحمد •
٣٠٠١ - ومن الناس من قال لا تجوز الا على النخل •
٣٠٠٢ - لأنها شجرة كالنخل •

فصل

- ٣٠٠٣ - وأجاز أبو يوسف ومحمد المساقاة على الثمرة القائمة •
٣٠٠٤ - وهو قول الشافعي في الأم ، لأنه إذا جاز على المذموم فعلى الموجود أولى •
٣٠٠٥ - وقال الشافعي في (مختصر) البويطي لا تجوز لان المساقاة عقد على غرر ، وإنما أجزى على المذموم للحاجة •

الخبر وخبر الخيرة شجرها ••• والخبر ان تزرع على النصف والثلث من هذا وهي المخابرة •• واشتقت من خيبر لانها أول ما اقتطعت (كذا) وهذا الاشتقاق محل نظر). والمخابرة المزارعة ببعض ما يخرج من الأرض وهو الخبر أيضا بالكسر. وفي الحديث : كنا نخابر ولا نرى بأسا حتى أخبر رافع ان رسول الله (ص) نهى عنها ، وفي الحديث انه نهى عن المخابرة ، قيل هي المزارعة على نصيب معين كالثلث والرابع وغيرهما ، وقيل هو من الخبر الأرض اللينة •• وقال اللحياني هي المزارعة فعم بها ، والمخابرة أيضا المؤكسرة والخير الاكار •• والخبر الزرع والخير النبات ، والخبر يقع على البور والزرع والاكار والخبر البور •• والخابور نبت أو شجر •• والخابور نهر أو واد بالجزيرة أو قيل موضع بناحية الشام •

(١) في نسخة قليج (للاخارجة) وهو غلط وقع فيه ناسخ نسخة المعهد ولعل صواب العبارة حتى يقال للمزارعة مخابرة •

فصل

٣٠٠٦ - وإذا دفع نخله مسافة ولم يذكر المدة حمل على الثمرة التي تخرج في السنة استحساناً عندنا •

٣٠٠٧ - وقال الشافعي لا تصح المسافة •

فصل

مسافة في أحد القراحين

٣٠٠٨ - ولا تجوز على ثمرة نخل غير معلوم بأن يقول ساقيتك في أحد القراحين^(١) أما هذا أو هذا ، لأنه (مجهول) عندنا فلا يصح مع الجهالة كالبيع والاجارة •

فصل

لا مسافة على ما لا حمل له

٣٠٠٩ - ولا يصح على شجر لا حمل له ولا يرجى ذلك منه لأنه لا عوض يسلم للعامل من حيث الظاهر •

فصل

حدوث الثمرة بعد المدة

٣٠١٠ - ولو ساقى عشرة سنين فانقضت المدة ثم اطلعت ثمرة السنة العاشرة لم يكن للعامل فيها حق لأنها ثمرة حدثت بعد انقضاء المدة •
٣٠١١ - وإن اطلعت قبل انقضاء المدة وانقضت المدة وهي طلع أو بلع تعلق بها حق العامل لأنها حدثت في المدة •

فصل

لا تصح المسافة إلا على جزء معلوم

٣٠١٢ - ولا تجوز (المسافة) إلا على جزء معلوم كالنصف والربع وما

(١) في لسان العرب في مادة قرح : القراح : الماء الذي لا يخالطه ثقل من سويق ولا غيره ، وهو الماء الذي يشرب اثر الطعام ٠٠٠ والقراح من الارضين كل قطعة على حياها من منابك النخل وغير ذلك والجمع اقرحه كقذال واقذلة قال أبو حنيفة : القراح الارض المخلصة لزراع أو لغرس ، وقبل القراح المزرعة التي ليس عليها بناء ولا فيها شجر ، الأزهرى : القراح من الارض البارز الظاهر الذي لا شجر فيه ، وقيل القراح من الارض التي ليس فيها شجر ولم تختلط بشيء •

يجري هذا المجري من الاجزاء المعلومة ، لحديث ابن عمر انه عامل على شطر
الثمرة ، والشطر النصف في ظاهر اللغة •

فصل

٣٠١٣ - ويجوز عندهما على سائر الشجر والنبات والرطبات وأصول
الباذنجان لأن النبي عليه السلام عامل أهل خير على نصف التمر ، وهي بلاد
لا تخلو من سائر ما ذكرناه ، ولأنها ^(١) جازت للضرورة ، وهذا موجود فيما
ذكرنا •

فصل

تناهي التمر

٣٠١٤ - وإن كانت الثمرة تزيد بالعمل جازت المساقاة ، وإن كانت قد تناهت
لم تجز ، لأنها إن زادت فقد وجد العمل الذي تزيد به فصحت ، وفي الثاني
بخلافه •

فصل

٣٠١٥ - ويكون للعامل أجر مثله لأنها اجارة فائدة •

فصل

بطلانها بالموت

٣٠١٦ - وتبطل عندهما بالموت •

فصل

الاغترار

٣٠١٧ - وتفسخ بالاغترار كما تفسخ الاجارة •

٣٠١٨ - وقال الشافعي لا تبطل ، كما لا تبطل الاجارة عنده •

فصل

دفع الشريك نخله مساقاة

٣٠١٩ - وقالوا : لو دفع أحد الشريكين الى شريكه نخلة مساقاة ، لم يجز

٣٠٢٠ - وقال الشافعي لا تصح الا على عمل معلوم •

وان عمل لم يستحق الأجرة لأنه عمل في ملك نفسه فلا يجب له اجرة على غيره •

(١) في النسختين (ولا) •

فان قال : أن سقيته بالسيح فلك الثلث وأن سقيته بالناضح^(١) فلك النصف
لم يجز لانه عقد على مجهول •

فصل

ما تنعقد به المساقاة من الألفاظ

٣٠٢١ - وتنعقد بلفظ المساقاة وبما يؤدي الى معناه ، لان القصد فيه المعنى
دون اللفظ •

فصل

خيار الشرط في المساقاة

٣٠٢٢ - ولا يثبت عند الشافعي فيها خيار الشرط ، لانه اذا فسخ لا يمكن
رد العقود عليه •

فصل

خيار المجلس

٣٠٢٣ - وفي خيار المجلس لاصحابه وجهان •

فصل

معيار ما ينبغي على العامل عمله

٣٠٢٤ - وعلى العامل أن يعمل بما فيه مستزاد في الثمرة من التلقيح
وضرب الجريد واصلاح الاجاجين^(١) وتنقية السواقي والسقر^(٢) (كذا) وقلع

(١) في لسان العرب في مادة نضح : النضح سقى الزرع وغيره بالسانية،
ونضح زرعه سقاه بالدلو ، والناضح البعير أو الثور أو الحمار الذي يستقى عليه
الماء والانتى بالهاء ناضحة وسانية •

(١) في نسخة قليج : الاجابة ولا معنى لها • وفي لسان العرب في مادة
اجن : الآجن الماء المتغير الطعم ... والاجانة والانجانة والاجانة ، الاخيرة طائية ،
عن اللحياني : المِركن • وافصحها اجانة واحدة الاجاجين وهو بالفارسية اكانة
وفي مادة ركن : المِركن بالكسر الاجانة التي تفصل فيها الثياب ونحوها •
(٢) في نسخة قليج فراغ والظاهر انها الشجر •

الحشيش المضرب بالنخل وعلى رب النخل ما فيه حفظ الاصل من سد الحيطان
ونصب الدولاب وشراء الثيران ، لان ذلك يراد لحفظ الاصل •

٣٠٢٥ - واختلف فى الجذاد والمقاط فمنهم من قال لا يلزم العامل بسل
يكون عليهما ، كما يكون الحصاد عليهما لان ذلك يحتاج اليه بعد الكمال ،
ومنهم من قال يلزم العامل لانه لا تستغنى الثمرة عنه •

فصل

٣٠٢٦ - وأن شرط أن يعمل معه غلمان رب الارض لم يصح لان عمل
الغلام كعمل المالك •

٣٠٢٧ - ومنهم من قال يجوز لانهم ماله فهم كالنور والدولاب •

فصل

متى تملك الثمرة

٣٠٢٨ - ويملك العامل الثمرة بالظهور ، كما يملك فى المضاربة •
٣٠٢٩ - ومن أصحاب الشافعى من خرج ذلك على القولين فى العامل
فى المضاربة •

٣٠٣٠ - ومنهم من قال : يملك فى المساقاة قولاً واحداً لان الثمرة لم
تجعل وقاية لرأس المال •

فصل

العامل أمين

٣٠٣١ - والعامل أمين فيما يدعى عليه من هلاك أو خيانة لان رب المال
اتمته فى ذلك فهو كالنودع •

فصل

ثبوت خيانة العامل

٣٠٣٢ - واذا ثبت خيانة ضم اليه من يحفظه ، ولا تزال يده لان العمل
مستحق عليه •

فصل

٣٠٣٣ - وأن هرب رجع الامر الى الحاكم ليستأجر عنه من يعمل عنه بدله (١) .

فصل

٣٠٣٤ - وإذا عمل العامل ، وتقاسما الثمرة ثم استحق النخل ، رجع العامل على من ساقاه بالاجرة لان الغرض (٢) لم يسلم له ، وقد غره فلزمه الضمان (٣) .

فصل

اختلافهما في العوض

٣٠٣٥ - وإذا اختلفا في العوض المشروط فقال العامل : شرطت النصف ، وقال رب العمل شرطت الثلث ، فقياس قول ابي حنيفة ان يكون القول قول رب النخل .

٣٠٣٦ - وقياس قولهما أن يكون القول قول العامل كما قالوا في المزارعة .

٣٠٣٧ - وعند الشافعي يتحالفان قياسا على البيع .

٣٠٣٨ - وعندنا القياس في البيع ان لا تحالف وانما تركناه للانحراف .

٣٠٣٩ - واذا قد ذكرنا عقود المعاوضة من الطرفين وجب ذكر ما ليس له عوض من أحدهما وهذا يكون في الهبة .

(١) هذا التطبيق جزئية من قاعدة عامة في تنفيذ الالتزام جبرا على المدين عندما يكون في الامكان تنفيذه باستئجار غيره عليه ليعمل بدله على أن يكون ذلك بقرار من الحاكم .

(٢) أي الغرض المقصود في العقد .

(٣) مسؤولية العاقد عن فوات الغرض من العقد اذا فات هذا الغرض بتفجير من الطرف الآخر ، حيث تتحقق المسؤولية العقدية بحيث يمكن القول كقاعدة عامة ان العاقد يلتزم بضمان العقد كلما فات الغرض المقصود بتفجيره الطرف الآخر و تقصيره في تنفيذ ما عليه .

ما ليس له عوض من أحدهما من العقود

جواز الهبة

كتاب الهبة

٣٠٤٠ - أعلم ان الهبة ^(١) في الجملة عقد جائز في الشرع .

تعريف

٣٠٤١ - وهي عقد في سائر الأزمان جائز ، وإن اختلف في شروطها ومواضع صحتها وهي عقد على مال من أحد الطرفين وثواب من الجانب الآخر ^(٢) .

النذب إلى الهبة

٣٠٤٢ - وهي مندوب إليها .

وقد روت عائشة رضي الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم قال :

- تهادوا وتحابوا .

وهي للأقارب أفضل كما روى عبدالله عن عمر قال :

قال رسول الله صلى الله عليه وسلم :

- الراحمون يرحمهم الله ، ارحموا اهل الارض يرحمكم اهل السماء ،

(١) في لسان العرب : الهبة العطية الخالية عن الاعواض والاغراض ، فإذا كثرت سمي صراحبها وهابا ، وهو من ابنية المبالغة ، غيرم الوهاب من صفات الله المنعم على العباد والله تعالى الوهاب الواهب ، وكل ما وهب لك من ولد وغيره فهو موهوب والوهوب الرجل الكثير الهبات ، ابن سيده : وهب لك الشيء يهبه وهبا . وهبا بالتحريك وهبة . والاسم الموهب والموهبة بكسر الهاء فيهما ، ولا يقال وهبك ، هذا قول سيبويه . والاستيهاب سؤال الهبة ، واتهب قبل الهبة ، واتهبت منك درهما افتعلت من الهبة ، والاتهاب قبول الهبة واصله اوتهب فقلبت الواو تاء وادغمت في تاء الافتعال مثل اتزن واتعد من الوزن والوعد .

(٢) الظاهر ان هذه الحملة مقتضة اقتضابا محلا وان المقصود بها ان الهبة « عقد على مال من أحد الطرفين دون عوض من الطرف الآخر ، وقد تكون على مال أحد الطرفين وثواب من الجانب الآخر » .

- الرَّحِمِ شَرِجَةً فَمَنْ وَصَلَهَا وَصَلَهُ اللَّهُ ، وَمَنْ قَطَعَهَا قَطَعَهُ اللَّهُ ^(١) .
 ٣٠٤٣ - واجمعت الامة على جواز الهبة .

فصل الإيجاب والقبول

- ٣٠٤٤ - وتفقر الى ايجاب وقبول ، ولا تصح بغير ذلك .
 ٣٠٤٥ - وقد قال الاصم وصاحبه تصح بغير قبول ، وهو قول الحسن
 والشعبي ، كما تصح البراءة والعق بغير قبول لانه اسقاط حق فلا تفقر الى
 قبول كالعق .
 ٣٠٤٦ - وهذا لا يصح لانه عقد تمليك فافتقر الى ايجاب وقبول كالبيع
 والنكاح .

فصل القبض في الهبة

- ٣٠٤٧ - ولا تلزم من غير قبض « وبه قال الشافعي ، ومالك قال تلزم من
 غير قبض » ^(٢) كما يلزم البيع ولانها عقد تبرع فافتقر الى معنى آخر ينضم
 اليه كالوصية .

(١) جاء في لسان العرب في مادة شجن تعليقاً على هذا الحديث النبوي :
 « وفي الحديث الرحم شجنة من الله معلقة بالعسررش » تقول : اللهم صل من
 وصلني واقطع من قطعني ، اي الرحم مشتقة من الرحمن تعالى ، قال أبو عبيدة
 يعني قرابة من الله مشتبكة كاشتباك العروق ، شبهه بذلك مجازاً ، واصـل
 الشجنة بالكسر والضم شعبه من غصن من غصون الشجرة والشجنة لغة فيه عن
 أبي الاعرابي .

(٢) في مسألة القبض في الهبة تفصيل ذكره ابن رشد في بداية المجتهد
 (٢٧٣/٢) حيث جاء فيه « ان العلماء اختلفوا هل القبض شرط في صحة العقد
 أم لا ؟

فاتفق الثوري والشافعي وأبو حنيفة ان من شرط صحة الهبة القبض ، وانه
 اذا لم يقبض لم يلزم الواهب .

فصل القبض في المجلس

٣٠٤٨- وإذا وهب عينا فقبضها في المجلس بغير اذن ملكها ، وفي رواية انه لا يملكها حتى يأذن له في القبض .

٣٠٤٩- ومن أصحابنا من قال في ذلك قياس واستحسان ، القياس ان لا يملك وبه قال الشافعي لان القبض في الهبة يقف عليه تمام العقد فهو كالقبول والاستحسان أن المقصود بالهبة التملك والعقد اذن فما يتم به الملك كالإيجاب اذن في القبول .

القبض بعد المجلس

٣٠٥٠- ولا يجوز أن يقبض بعد المجلس الا باذن في قولهم جميعا ، لان ذلك يجرى مجرى القبول ولا يصح القبول بعد التفرق ، كذلك هذا .

٣٠٥١- وان اذن له في القبض فقبض بعد التفرق ففيه قياس واستحسان ، القياس ان لا يصح لان الاذن لا يثبت حكمه بعد التفرق كما لا يثبت حكم القبول ، والاستحسان أن يجوز كما لو اذن له في قبض البيع جاز بعد التفرق كذلك هذا ، وفيه خبر مروى .

فصل ما تجوز هبته

٣٠٥٢- وكل عين تجوز هبتها يجوز بيعها وليس كل ما جاز بيعه تجوز

وقال مالك ينعقد بالقول ويجبر على القبض كالبيع سواء ، فان ثاني الموهوب له عن طلب القبض حتى افلس الواهب أو مرض بطلت الهبة ، وله اذا باع تفصيل : ان علم فتونى لم يكن له الا الثمن وان قدم في الفور كان له الموهوب . فمالك القبض عنده في الهبة من شروط التمام لا من شروط الصحة ، وهو عند الشافعي وابي حنيفة من شروط الصحة ، وقال احمد وابو ثور تصح الهبة بالعقد وليس القبض من شروطها اصلا ، لا من شرط تمام ولا من شرط صحة ، وهو قول أهل الظاهر .

هبة لان هبة المشاع فيما يحتمل القسمة لانجوز عند أبي حنيفة ، وتجوز عند الشافعي ، والدين في الذمة تجوز هبته ولا يجوز بيعه من غير من هو عليه •

فصل

هبة ما لم يره

٣٠٥٣- وهبة ما لم يره جائزة اذا سلم الموهوب اليه ، لانه يجوز في البيع عندنا •

٣٠٥٤- وقال الشافعي ما لا يجوز هبته من المجهول لا يصح [بيعه] وكذلك كل ما لا يقدر على تسليمه وما لم يتم ملكه عليه كالبيع قبل القبض لانه يقصدا به الملك كالبيع^(١) •

فصل

التعليق على شرط مستقبل

٣٠٥٥- ولا يجوز تعليقها على شرط مستقبل كالبيع •

فصل

وجوب القبول في المجلس

٣٠٥٦- والقبول في الهبة على المجلس^(٢) •

٣٠٥٧- ومن أصحاب الشافعي من قال ، هو على الفور ، قالوا وهو الصحيح •

٣٠٥٨- وقال أبو العباس يصح على التراخي •

(١) لم يوفق السمناني في الاختصار عى رواية المنهب الشافعي والحنفي وبيان اختلافهما • في ما يجوز هبته ، وكان يجدر به بيان حكم ذلك في المنهب المالكي حيث جاء في بداية المجتهد (٢/٢٧٣) قوله « ولا خلاف في المنهب في جواز هبة المجهول والمعدوم المتوقع الوجود وبالجملة كل ما لا يصلح بيعه في الشرع من جهة الفرر » •

(٢) في نسخة مينيخ : بالمجلس •

فصل ألفاظ الهبة

٣٠٥٩- وصح بلفظ الهبة بان تقول وهبت لك او اعطيتك او ملكتك او نحلكت او منحتك او ابحتك او اعمرتك فكل ذلك جائز .

فصل العمري^(١)

٣٠٦٠- وقال الشافعي ان قال : اعمرتك هذه الدار حياتك أو جعلتها لك عمرك ولعقبك من بعدك فهذه عطية صحيحة تتم بالايجاب والقبول وتملك بالقبض كما نقول نحن في ذلك ، لان عليه السلام قال :
ايما رجل أعمر عمري له ولعقبه فانها للذي يعطاها لا ترجع الى الذي اعطاها ،
ولانه اعطى عطاء وقع في المواريث^(٢) .

(١) جاء في لسان العرب في مادة عمر :

« العمري ما جعله للرجل طول عمره أو عمره . وقال ثعلب : العمري ان يدفع الرجل الى أخيه داراً ويقول : هذه لك عمرك أو عمري ، ايما مات دفعت الدار الى اهله ، وكذلك كان فعلهم في الجاهلية ، وقد عمرته اياه واعمرته جعلته له عمره أو عمري ، والعمري المصدر من كل ذلك كالرجعي .
وفي الحديث «لا تعمروا ولا ترقبوا ، فمن اعمر داراً أو ارقبها فهي له ولورثته من بعده» وهي العمري والرقبي ، يقال : أعمرته الدار عمري أي جعلتها له يسكنها مدة عمره ، فاذا مات غادت الى ، وكذلك كانوا يفعلون في الجاهلية ، فابطل ذلك ، واعلمهم ان من أعمر شيئاً أو أرقبه في حياته فهو لورثته من بعده .
قال ابن الاثير : وقد تعاضدت الروايات على ذلك ، والفقهاء فيها مختلفون ، فمنهم من يعمل بظاهر الحديث ويجعلها تملكاً ، ومنهم من يجعلها كالعقارية ويتناول الحديث .

قال الازهري : والرقبي أن يقول للذي أرقبها : ان مت قبلي رجعت الى ، وان مت قبلك فهي لك ، واصل العمري مأخوذ من العمر ، واصل الرقبي من المراقبة ، فابطل النبي (ص) هذه الشروط ، وامضى الهبة .
قال : وهذا الحديث أصل لكل من وهب هبة فشرط فيها شرطاً بعدم قبضها الموهوب له أن الهبة جائزة والشرط باطل .

(٢) صححنا عبارة الحديث كما وردت في نسخ الروضة بالرجوع الى ما جاء في بداية المجتهد (٢٧٢-٢) .

٣٠٦١ - وان قال :

اعمرتك هذه الدار حياتك ، ولم يشترط شيئا ففیه قولان :

القديم هو باطل •

والجديد هو جائز صحيح ، وهو قولنا يكون للمعمر في حيازته ولورثته بعده وهو الصحيح لخبر جابر لان الاملاك المستقرة كلها مقدرة بحياة المالك^(١) .

٣٠٦٢ - فان قال :

اعمرتك حياتك فان مت عادت الى ان كنت حيا والى ورتي ان كنت ميتا

فعلى قولين :

أحدهما يصح ويبطل الشرط وهو قولنا •

والثاني يبطل لانه قد نفى مقتضى العقد •

فصل

الرقبي^(١)

٣٠٦٣ - وأما اذا قال :

أرقتك هذه الدار ، أو : دارى لك رقبى ، وهي ان يقول ان مت قبلى

عادت الى ، وان مت قبلك فهي لك •

قال ابو حنيفة ومحمد ذلك باطل ، ولا يملك •

٣٠٦٤ - وقال ابو يوسف جائز •

(١) أي ان الاصل في الملك المستقر الديمومة •

(١) جاء في لسان العرب في مادة رقب :

« الرقبى ان يعطى الانسان لانسان دارا أو أرضا ، فايهما مات رجع ذلك المال الى ورثته ، وهي من المراقبة ، سميت بذلك لان كل واحد منهما يراقب موت صاحبه •

وقيل الرقبى ان تجعل المنزل لفلان يسكنه فان مات سكنه فلان ، فكل

واحد منهما يراقب موت صاحبه ، وقد أرقبه الرقبى •

وقال اللحياني : أرقبه الدار جعلها له رقبى ولعقبه من بعده بمنزلة الوقف •

ويقال أرقبت فلانا وانا مرقب • ويقال ورث فلان مالا عن رقبة أي عن كلاله

لم يرثه عن آبائه • وورث مجدا عن رقبة اذا لم يكن أباه أمجادا • •

٣٠٦٥- وهو قول مالك •

واحد قولي الشافعي •

فصل

العطية لبعض الولد

٣٠٦٦- ويكره أن يخض بعض ولده بالعطية فإن فعل جاز •

٣٠٦٧- وقال بعض الفقهاء لا يجوز •

٣٠٦٨- وقد روى خبر النعمان بن بشير مختلفا فروى فيه انه قال : اكل ولدك فقلت به هكذا ؟ فقال لا ، فقال : اشهد غيري ، وهذا يدل على الجواز وروى أنه قال : لا أشهد على جور (١) •

فصل

التسوية بين الأولاد في الهبة

٣٠٦٩- وقال ابو يوسف : تستحب له التسوية بينهم •

٣٠٧٠- وقال محمد يجزيهم مجرى الموارث •

باب الرجوع في الهبة

فصل

٣٠٧١- ومن وهب لذي محرم منه فليس له أن يرجع فيما وهب •

٣٠٧٢- وقال الشافعي يرجع الاب والجد والام والجددة ولا يرجع سائر

الاقارب المحرم مناكتهم لاجل النسب كالاخ والاخت •

فصل

رجوع الأجنبي فيما وهب

٣٠٧٣- ويرجع الاجنبي فيما وهب (٢) •

(١) جاء في بداية المجتهد (٢-٢٧٢) ان حديث النعمان بن بشير « متفق على صحته وان كان قد اختلف في الفاظه • والحديث انه قال ان اباه بشيرا اتى به الى رسول الله (ص) فقال اني نعلت ابني هذا غلاما كان لي ، فقال رسول الله (ص) اكل ولدك نعلته مثل هذا ؟ قال لا ، قال رسول الله (ص) فارتجمه • واتفق مالك والبخاري ومسلم على هذا اللفظ »

٣٠٧٤- وقال الشافعي لا يرجع الاجنبى بحال ، لانه عقد تبرع فجاز الرجوع فيه كالمارية .

فصل

لا رجوع لأحد الزوجين فيما وهب

- ٣٠٧٥- ولا يرجع احد الزوجين فيما وهب .
- ٣٠٧٦- خلاف مالك في الزوجة انها ترجع دون الزوج .
- ٣٠٧٧- لانها احد الزوجين فلا ترجع فيما وهبت كالزوج .

فصل

الرجوع في هبته لأخيه

- ٣٠٧٨- واذا وهب لأخيه وهو عبد فله ان يرجع فيها في قولهم جميعا .
- ٣٠٧٩- وأن وهب لعبد أخيه هبة فله الرجوع عند أبى حنيفة .
- ٣٠٨٠- وعند ابى يوسف ومحمد لا يرجع لان الملك يحصل للاخ .

فصل

هبة المشاع

- ٣٠٨١- واذا وهب لرجلين دارا أو ألف درهم او كلما يحتمل القسمة لم يجز عند ابى حنيفة لانه هبة مشاع فيما يحتمل القسمة .

(٢) ذكر السمناني قاعدة عدم جواز الرجوع (الاعتصار) في الهبة ههنا وذكر قبل ذلك في الرقم (٣٠٧١) حكم الاستثناء من هذه القاعدة وادق من هذه الصياغة قول ابن رشد في بداية المجتهد (٢/٢٧٦) « وقال أبو حنيفة لكل احد ان يقتصر ما وهبه الا ما وهب لذى رحم محرمة عليه ، »

- ٣٠٨٢ - وعند أبي يوسف ومحمد يجوز وهو قول الشافعي^(١) .
- ٣٠٨٣ - وانفقوا انه لو وهب نصف عبد او مالا يقسم انه يجوز .
- ٣٠٨٤ - ولو تصدق بعشرة دراهم على غنيين فهو مثل الهبة عند أبي حنيفة .
- وان كانا فقيرين جاز .
- ٣٠٨٥ - وقال أبو يوسف ومحمد يجوز في الوجهين ، لان الملك يخرج جملة واحدة من مال الواهب .

فصل

- ٣٠٨٦ - ولو وهب لاحدهما الثلث وللآخر الثلين لم يجز عند أبي حنيفة وأبي يوسف .
- ٣٠٨٧ - وجاز عند محمد .
- ٣٠٨٨ - فرق أبو يوسف بين هذه المسئلة والتي قبلها ، لان هذا غير مطلق العقد ، لان مطلق العقد يقتضي التساوى .
- ٣٠٨٩ - ومحمد يقول هذا تفسير لما تناوله العقد فهو كما لو قال : لك النصف وله النصف .

فصل

هبة الدين والاذن بقبضه

- ٣٠٩٠ - واذا وهب ديناً على رجل واذن له في قبضه جاز استحساناً .
- والقياس ان لايجوز .
- ٣٠٩١ - لانه حق مادام في الذمة فلا تجوز هبته كالمنافع .
- ووجه المذهب ان قبضه يقوم « مقام »^(٢) قبض الواهب فيصير كأنه قبض ووهب .

(١) وهو ايضاً قول مالك واحمد وأبي ثور (بداية المجتهد ٢/٢٧٣) .

(٢) ما بين قوسين من نسخة منيخ .

فصل هبة دقيق في حنطة الخ

٣٠٩٢ - وان وهب دقيقا في حنطة أو دهنًا في سمس لم تجز الهبة ، وان طحن أو استخرج الدهن لان الفساد في نفس العقود عليه ، ولهذا لا يجوز العقد عليه في غير الهبة •

فصل

العين في يد الموهوب له

٣٠٩٣ - واذا كانت العين في يد الموهوب له ملكها ولا يحتاج الى تجديد قبض استحسانا ، والقياس ان لا يجوز حتى يخلو بين نفسه وبين الهبة •
٣٠٩٤ - لان القبض السابق يستدام حكمه ، وهو موجود عقب العقد ، وهذا في الوديعة وكل ماهو امانة ، وان كان مضمونا كالنصب صار قابضا بنفس العقد •
٣٠٩٥ - وقد قالوا في الوديعة اذا باعها من المودع ان يحتاج الى أن يمضي زمان يصير به قابضا بأن يخلو بين نفسه وبينها ، لان يد المودع يد لمودعه •
٣٠٩٦ - وقالوا في العين المنصوبة تدخل في ضمانه بنفس العقد لانه قبض مضمون فهو كالمقبوض لاجل البيع •

فصل

الرجوع في هبة تصدق بها الموهوب له

٣٠٩٧ - واذا وهب الرجل ثوبا او عبدا فجعله الموهوب له صدقة جاز للواهب الرجوع عند ابي حنيفة ومحمد •
٣٠٩٨ - وقال ابو يوسف لا يجوز له الرجوع لانه زال ملكه بذلك واستحق عينه ، وعند ابي حنيفة له ان يبدله بغيره فلم يلزم الحق فيه •

فصل

ما يفتقر اليه الرجوع في الهبة

٣٠٩٩ - والرجوع في الهبة يفتقر الى قضاء او رضا ، ولا يملك الرجوع بمجرد قوله •

٣١٠٠- خلاف ما قاله الشافعي انه يملك ، لان هذا مختلف فيه فافتقر الى حكم الحاكم كالفسوخ المختلف فيها^(١) .

فصل تكييف الرجوع في الهبة

٣١٠١- وهل ذلك تعليق مبتدأ او فسخ العقد ؟

فيه روايتان .

٣١٠٢- وفائدة ذلك اذا رجع في الهبة والموهوب له مريض ، فان كان بقضاء جاز وان كان برضاء فهو بمنزلة هبة مبتدأ تعتبر من ثلثه ، وتبطل ان كان عليه دين .

٣١٠٣- وفي الرواية الاخرى ، وسواء بين القضاء والرضا .

فصل هل يجمع بين الهبة والصدقة في مال بعينه ؟

٣١٠٤- رجل اعطى رجلا دارا على أن نصفها هبة ونصفها صدقة فهو جائز عند ابي حنيفة .

٣١٠٥- وقال زفر لا يجوز لان الهبة والصدقة سواء في القبض .

فصل تعلم العبد الموهوب زيادة تمنع الرجوع

٣١٠٦- واختلف في العبد اذا تعلم الخبز والكتابة او القرآن هل يمنع الرجوع في الهبة أم لا ؟

قال أبو يوسف يمنع الرجوع .

٣١٠٧- وقال زفر لا يمنع ، ذكره في اختلاف زفر ، لان التعليم زيادة فيه فهو كما لو زاد في عينه .

(١) يفهم من هذا ان القاعدة ان ما كان مختلفا فيه من الاحكام والمسائل يرجع في التمسك بها واعمالها الى حكم الحاكم ان لم يقع الطرفين تراض .

فصل

اختلافهما في الزيادة

- ٣١٠٨- وإذا اختلفا فقال الواهب وهبت العبد لك كبيرا •
وقال الموهوب له : وهبتي صغيرا فكبر ومهزولا فسمن فلا رجوع لك
على فيه فالقول قول الواهب في قول ابى حنيفة وابى يوسف ومحمد •
٣١٠٩- وقال زفر : القول قول الموهوب له •
٣١١٠- واتفقوا انهما لو اختلفا في الصبغ فقال الواهب وهبته مصبوغا ،
وقال الموهوب له انا صبغته ان القول قول الموهوب له لان الصبغ زيادة غير حاضرة •

فصل

قبض الأب ووصية للصغير الخ

- ٣١١١- ويقبض الاب لابنه الصغير من نفسه ومن غيره ، وكذلك وصى
الاب بعده والجد ووصيه ، وسائر من له ولاية على الصبي •
٣١١٢- ويجوز قبض الام له اذا كان في حجرهما •
٣١١٣- ولا يجوز قبض من ليس في حجره وان كان ذا رحم له محرما •

قبض الصغير لنفسه

- ٣١١٤- وان قبض الصبي لنفسه وهو يعقل جاز قبضه •
٣١١٥- وان قبض في حال حياة الاب جاز استحسانا والقياس أن لا يجوز
لان عليه ولاية لغيره •

فصل

موانع الرجوع

- ٣١١٦- ويمنع الرجوع : الزيادة المتصلة ، والعوض وموت احد المتعاقدين
وخروج الشيء من ملك الموهوب له ، وما يجرى هذا المجرى •

فصل

هبة اثنين لواحد وواحد لاثنتين

- ٣١١٧- وإذا وهب اثنان دارا لواحد جاز عند اصحابنا جميعا •
- ٣١١٨- وان وهب الواحد لاثنتين لم يجز عند ابي حنيفة ، وجاز عندهما •

فصل

شرط العوض في الهبة

- ٣١١٩- وإذا شرط العوض لم تبطل الهبة •
- ٣١٢٠- وفي احد قولي الشافعي تبطل •
- ٣١٢١- لان كل عوض جاز من غير شرط جاز مع الشرط كالنكاح •

فصل

حمل أحكام الهبة بشرط العوض

- ٣١٢٢- والهبة بشرط العوض عقدها عقد هبة وجوازها جواز البيع •
- ٣١٢٣- وقال زفر تصير عقد بيع فيلزم العقد ، ومتى استحق العوض رجع فيما وهب ، وان استحق بمضه لم يرجع لان الباقي يجوز ان يكون عوضا ابتداء الا ان يرد ما بقي لانه لم يسلم له العوض •
- وكذلك ان وجد به عيبا •

فصل

اختلافهما في كونها بعوض

- ٣١٢٤- واختلفوا فيه اذا قال الواهب وهبتك بعوض وقال الموهوب له وهبتي بغير عوض •
- فتمت من قال القول قول الواهب ، وهو المذهب عندنا لانه لم يقر بخروج العين من ملكه الى الموهوب له •

٣١٢٥- ومنهم من قال القول قول الموهوب له لان الواهب اقر بالهبة وادعى
الموض والاصل عدمه .

فصل

الأبراء من الدين

٣١٢٦- ويصح ابراء من الدين وان لم يقبل الذي عليه .
ومن أصحابنا من قال لا يقتصر الى قبول ويبطل بالرد ، وهذا قول ابي
حنيفة وصاحبيه .

ومنهم من قال يبطل بالرد ويقتصر الى قبول كالبيع والنكاح ، وهو قول
زفر ، والاول اصح لانه اسقاط حق كالتاق والطلاق^(١) .

٣١٢٧- ويصح في المجهول .

٣١٢٨- وقال الشافعي لا يصح في المجهول .

٣١٢٩- لانه اسقاط حق فصح في المجهول كالطلاق والتاق^(٢) .

فصل

الصدقة بجميع ماله

٣١٣٠- واذا قال الرجل جميع مالي صدقة ، فانه يتصدق بجميع ماله الذي
يجب فيه الزكاة استحسانا ، لان النذور محمولة على اصول الواجبات في اصل
الشرع ، والزكاة تجب في بعض المال دون بعض فكذلك هنا .
٣١٣١- والقياس ان يتصدق بجميع ماله ، وهو قول زفر لان الجميع
ماله ، وقد دخل تحت لفظ الصدقة .

فصل

قوله ما أملك صدقة

٣١٣٢- ولو انه قال : ما املك صدقة ، تصدق بجميع ماله ، وانفق قولنا
وقول زفر .

(١) ينبغي أن يكون حكم الأبراء في القانون المدني العراقي كذلك اي ان
يصح الأبراء في المجهول نظرا لمطلق نص المادة ٤٢٠ منه ولان الأبراء اسقاط .
(٢) بالرأي الاول أخذ القانون المدني العراقي (م ٤٢٢ منه) .

- ٣١٣٣- وذكر ابو الليث في خلافة^(١) لاصحابنا عن ابي يوسف انه قال •
ان قال : ما املك تصدق بالكل كما قال زفر ، وان قال مالى صدقة تصدق
بمال التجارة والسوائم •
٣١٣٤- وفي قول مالك يتصدق بثلث ماله •
٣١٣٥- وعن الشافعي يلزمه كفارة يمين ، ولا يتصدق بشيء •

فصل

لا عوض في الهبة لمن هو دونه

- ٣١٣٦- وقال اصحاب الشافعي : اذا وهب لمن هو دونه لم يلزمه أن
يثيبه بعوض لان القصد الصلة ، فلم تجب المكافاة •
٣١٣٧- وكذلك ان وهب النظير لم يجب العوض لان المقصود المحبة وتأكيد
الصدقة •
٣١٣٨- وان وهب لمن هو اعلى منه فضيه قولان :
قال في القديم يلزمه أن يثيبه بعوض لان مقصود العقد التماس العوض
فصار العرف كالمشروط •
وقال في الجديد لا يجب لانه تمليك بغير عوض فاثبت النظير وهذا قولنا ،
وهو الصحيح •
٣١٣٩- وكتاب الهبة من الكتب الكبار لاصحابنا وفيه مسائل مشككة وفروع
مختلفة ومسائل من الدور ، وذكر ما فيه فلا يمكن ، وفي الذي ذكرت اصول
وبعض الفروع ، والواقع من المسائل •
واذ قد ذكرنا هبة الاعيان وكانت العارية هبة المنافع وجب ذكرها •

(١) المقصود بذلك كتاب مختلف الرواية لابي الليث السمرقندي •

كتاب العارية

وهذا كتاب العارية •

العارية قربة

• ٣١٤٠ - العارية قربة مندوب اليها •

تعريف

• ٣١٤١ - وهى عقد على المنافع بغير بدل يحصل للمالك الا الشكر والثواب •

أساسها في السنة

• ٣١٤٢ - وقد استعار النبي صلى الله عليه وسلم من صفوان بن أمية ادعيا

وقال عليه السلام : العارية مردودة •

وقال له صفوان :

انصّب يا محمد !

فقال : بل عارية مؤداة •

وروى مضمونة ومؤداة •

أساسها من الإجماع

• ٣١٤٣ - وهو اجماع من العلماء لا يختلفون فى جوازها •

هل للمستعير أن يعير

• ٣١٤٤ - واذا اطلق العارية للمستعير أن يعيرها لغيره ، لان اطلاقه يقتضي

الرضا بالاستعمال •

• ٣١٤٥ - وأن عين المستعمل وخصه فله أن يعير لمن لا يختلف الاستعمال •

٣١٤٦ - ولأصحاب الشافعي في ذلك وجهان في الجواز .
أحدهما مثل قولنا .

والثاني لا يجوز ، لأنه مستعير فلا يعبرها كما لو عين ولم يطلق .
٣١٤٧ - وقال أصحابنا قد ملكه المنافع فجاز أن يستوفيها بغيره كالرضاء
له بالمنفعة .

العارية لا تؤجر

٣١٤٨ - ولا يجوز له أن يؤجرها لأن الإجارة عقد لازم فلا تصح في
العارية لأنها لا تلزم ، ويصح للمعير الرجوع عنها فبطل الإجارة .

الاستيفاء بنفسه

٣١٤٩ - وقد يجوز أن يستوفي بنفسه ، ولا يؤجرها لغيره ، كما أن
الطعام إذا قدم لرجل جاز له الأكل ولا يجوز له البيع .

تمليك أم إباحة

٣١٥٠ - واختلف أصحابنا هل هي تمليك للمنافع أو إباحة للتصرف ؟
فحكى عن الكرخي رحمة الله أنها إباحة وعن الرازي أنها تمليك .
٣١٥١ - ولو ملكك جاز أخذ العوض عنها « كهبة العين »^(١) .

ما يعار

٣١٥٢ - وكل عين لها منفعة تبقى العين بعد الاستيفاء فعاريتهما جائزة ،
كالحيوانات والرقيق والدواب والعقار والدور والضياع وآلات الصنائع
ومتاع البيت^(٢) .

(١) صححنا العبارة على هذا النحو بالرجوع لنسختي قليج ومنيخ .

(٢) صاغ ابن رشد في بداية المجتهد لذلك ضابطا محددا فقال بجواز
إعارة « جميع ما يعرف بعينه » ، إذا كانت منفعته مباحة الاستعمال ، وأضاف إلى
ذلك قوله « ولذلك لا يجوز » إباحة الجوارى للاستمتاع ويكره للاستخدام إلا أن
تكون ذات محرم « أي أن العارية لا تجوز إذا كان القصد منها غير مشروع » .

٣١٥٣ - وما لا منفعة له من الاعيان فلا تجوز عاريته لانه لا منفعة فيه ،
والعارية انما هي اباحة المنافع •

ما يعد قرضاً لا عارية

٣١٥٤ - وأن استعار دراهم أو دنانير أو مكبلاً أو موزوناً واطلق العارية
فإن ذلك قرض ، لأن المنفعة لا تمكن بغير ذلك ولا يمكن الا بالاتفاق ، وقد ذكر
لفظ يقتضي الرجوع فصار كأنه صرح بلفظ القرض •

التقيد بقول المعير

٣١٥٥ - وأن قال : تعير بها المكبال أو الميزان أو تتجمل بها أو تزين
الدكان فليس له انفاقها ولا التصرف فيها الا بما قال لانه حجر عليه ومنعه من
التصرف •

العارية أمانة

٣١٥٦ - وهي عندنا أمانة غير مضمونة •

شرط الضمان

- ٣١٥٧ - وأن شرط الضمان : فمن أصحابنا من قال تصير مضمونة •
وحكاه الشافعي عن محمد بن الحسن •
٣١٥٨ - وقال غيره ليست بمضمونة ، وأن شرط الضمان •
٣١٥٩ - وقال الشافعي : هي مضمونة في جميع الاحوال •
٣١٦٠ - لانه قبضها بلا اذن مالکها لا على وجه الوثيقة والبدل كالوديعة •
٣١٦١ - وقد قالوا : لو تلفت بالاستعمال الا جزءاً لم يضمن •

كيفية الضمان

واختلف أصحاب الشافعي في كيفية الضمان فمنهم من قال : يضمن عند
الهلاك ، وهو الصحيح •

ومنهم من قال اعلا ما كانت قيمتها كالمغصوب هذا اذا كانت من ذوات القيم .
فان كانت من ذوات الامثال - وقالوا فيما لا مثل له انه يضمن باكثر ما كانت
قيمته - لزمه مثلها .
وان قالوا انه يضمن قيمته يوم التلف ضمنها بقيمتها .

فصل

ولد المستعار

٣١٦٢- واختلف في ولد المستعار :
فمنهم من قال هو مضمون لان الاصل مضمون كالغصب .
ومنهم من قال لا يضمن لانه لم يدخل في الاعارة .
٣١٦٣- وعندنا لا يضمن لانه حدث بنير فعله وتلف بنير فعله من غير مطالبة
من له الحق كولد الوديعة .

فصل

ضمان العارية بالتعدي

٣١٦٤- واتفق الفريقان ان العارية تضمن بالتعدي فيها كما تضمن الوديعة .
٣١٦٥- وتضمن باليجود ، لان ذلك تضمن به سائر الامانات ، فكذلك
العارية .

فصل

ضمان مستعير المغصوب

٣١٦٦- ومن نصب عينا فاعارها والمستعير لا يعلم فتلفت في يده فضمن
المالك المستعير فليس له أن يرجع على الغاصب .
٣١٦٧- وهو قول الشافعي ، وسمعت شيخنا قاضي القضاة رحمه الله يحكي
في الدروس أنه يرجع على الغاصب في رواية ، وسواء بينه وبين المودع للغاصب

إذا ضمن ، والصحيح انه لا يرجع ، وهذا في ضمان العين •

ضمان أجرة المنافع

٣١٦٨- وقال اصحاب الشافعي : فان ضمنه أجرة المنفعة فهل يرجع على

الغاصب ؟

قولان على القولين فيمن غصب طعاما وقدمه الى مالكه أحدهما يرجع لانه غيره والثاني لا يرجع لان المنافع تلفت تحت يده •

فصل

الرجوع في العارية

٣١٦٩ - ويجوز للمعير أن يرجع في العارية بعد القبض^(١) •

٣١٧٠- وللمستعير ان يرد لان ذلك إباحة فجاز لكل واحد منهما رده

كإباحة الطعام ، وهذا لا خلاف فيه •

فصل

مؤونة الرد

٣١٧١- وإذا فسخ العقد وجب مؤونه الرد على المستعير لقوله عليه السلام •

عارية مؤداة •

ولانه يجب الرد عليه كالمضروب اذا طلبه •

فصل

متى يبرأ بالرد من الضمان

٣١٧٢ - وإذا ردها الى المعير أو وكيله أو الدابة الى أصطبلها والعين الى

دار مالكها أو سلمها الى أحد من عياله ومن جرت العادة بحفظ ماله برىء من

الضمان •

٣١٧٣- وقال الشافعي لا يبرأ حتى يرد على المالك ووكيله ، لان هذا حكم

العادة في العواري •

(١) جاء في بداية المجتهد لابن رشد (٢/٢٦٠) ان العارية عقد جائز عند

الشافعي وابى حنيفة ، اى للمعير ان يسترد عاريته اذا شاء ، وقال مالك فى المشهور ليس له استرجاعها قبل الانتفاع ، وان شرط مدة لزمته تلك المدة ، وان لم يشترط مدة لزمه من المدة ما يرى الناس انه مدة لمثل تلك العارية •

- ٣١٧٤- وقد فرق اصحابنا بين ذلك وبين من استعار الحلبي والجوهر فقالوا فيه ما قال الشافعي لان العادة الا ترد الى الدار •
- ٣١٧٥- وقالوا في الوديعة لو ردها الى داره لم يبرأ من الضمان ، لان المودع لم يرض بمن في داره لحفظها فصار مفرطا •

فصل

استيفاء المنفعة بنفسه وبوكيله

- ٣١٧٦- ومن استعار عينا فله ان يستوفي منفعتها بنفسه وبوكيله لان يده قائمة مقام يد المستعير •

التوقيت والإطلاق

- ٣١٧٧- وتجوز الاعارة مطلقة وموقته •
- ٣١٧٨- ولا يجوز في الاجارة الإطلاق •
- ٣١٧٩- لانه اباحة فجاز مطلقا ومعينا كإباحة الطعام •

فصل

ما المستعير الأرض

- ٣١٨٠- واذا قال : اعرتك هذه الارض لتستفع بها جاز له ان يزرع ويغرس لان الاذن عام مطلق •

فصل

ما يجوز عند تعيين الانتفاع

- ٣١٨١- وان عين له ما يفعل ، جاز له فعله وفعل ما هو اقل ضررا منه ، كما قلنا في الاجارة •
- والغرس اكثر ضررا من الزرع ، والبناء اكثر من الغرس •

فصل

رجوع من أذن بالبناء والغرس

- ٣١٨٢- وإذا اذن له في الغرس والبناء فبنى او غرس فله ان يرجع ، ويكلفه القطع بغير ضمان ، لان هذا مقتضى العارية •
- ٣١٨٣- وان وقت العارية ، فله المطالبة بالقطع بعد المدة بغير ضمان ، وفي المدة يضمن •
- ٣١٨٤- وقال زفر لا ضمان عليه وقت او لم يوقت •
- ٣١٨٥- وقال ابن ابي ليلى عليه الضمان وقت او اطلق •
- ٣١٨٦- وقال الشافعي ليس له ذلك الا بشرط الضمان •
- ٣١٨٧- لانه عندنا غير مغرور فلا يجب الضمان •

فصل

اشتراط القلع

- ٣١٨٨- واتفق الفريقان على انه اذا شرط عليه القلع انه يقلع بغير ضمان لقوله عليه السلام : المؤمنون عند شروطهم •
- ٣١٨٩- فان كان يضر بالارض فللمالك ان يعطيه قيمة ذلك مقلوعا عندنا ويملك الغرس والبناء •
- ٣١٩٠- وقال الشافعي : لا يلزمه تسوية الارض لانه لما شرط القلع فقد رضى بما يحصل بالقطع من الحفر ، ولانه مأذون فيه فلا يلزم الضمان •

فصل

نقصان قيمة الغرس

- ٣١٩١- وقال : ان نقصت قيمة الغرس ولم يكن اشتراط القلع فان اختار المستعير القلع كان له ذلك لانه ملكه فملك نقله ، فاذا قلعه فهل يلزمه تسوية الارض ؟ فيه وجهان :

أحدهما لا يلزمه لأنه «رضى»^(١) لما علم بما يؤول إليه القلع ، والثاني يلزمه
لأن القلع باختياره لأنه لو امتنع لم يجبر عليه فلزمه تسوية الأرض ، ويجبر
المستعير على القلع إذا ضمن نقض ذلك القلع .

فصل

دخول المعير في الأرض

٣١٩٢- قالوا - أعنى أصحاب الشافعى - وإذا أقرنا الغراس فى ملكه
فاراد المعير أن يدخل الى الأرض ليتفرج أو ليستظل بالغرس لم يكن للمستعير
منعه ، لأن الذى استحق المستعير مواضع الغرس ، فأما البياض فلا حق له فيه
فجاز للمالك التصرف فيه .

٣١٩٣- وإذا أراد المستعير دخولها نظرت :

فإن كان للفرجة لم يجز لأنه قد رجع فى الاعارة فلا يجوز دخولها من
غير إذن ، وإن كان لإصلاح الغرس أو أخذ الثمرة ففيه وجهان :
أحدهما لا يملك لأن حقه إقرار الغرس والبناء دون ماسواه .
والثاني أنه يملك ، قالوا وهو الصحيح ، لأن الإذن فى الغرس إذن فيما
يعود بصلاحه واخذ ثماره .

فصل

٣١٩٤- قالوا : وإن أراد المعير بيع الأرض جاز لأنه لاحق فيها لغيره فجاز
بيعه .

٣١٩٥- وإن أراد المستعير بيع الغرس من غير المعير ففيه وجهان :

أحدهما يجوز لأنه ملك له لاحق لغيره فيه .
والثاني لا يجوز لأن ملكه غير مستقر لأن للمعير أن يذل له القيمة ويقلعه
أو يأخذها لنفسه .

٣١٩٦- قالوا : والاول أصح لأنه بمنزلة الشخص المشفوع .

(١) ما بين قوسين من نسخة قليج .

فصل

هل التفريط شرط في المسؤولية؟

- ٣١٩٧- وقالوا : وان حمل السيل طعام^(١) رجل الى أرض آخر فنبت فيها فهل يجبر صاحب الطعام على قلعه ؟
فيه وجهان احدهما لا يجبر لانه غير مفريط في انباته •
والثاني يجبر وهو الصحيح •
وهو قياس قولنا •
لانه أشغل ملك غيره بملكه من غير اذن فأجبر على ازالته كما لو انتشر شجره في دار غيره •

فصل

اختلافهما حول دابة امعارة هي أم مستأجرة

- ٣١٩٨- واذا ركب دابة غيره ثم اختلفا فقال المالك اكرتكمها على الاجرة •
وقال الراكب بل اعرتنيها فلا اجرة لك فالقول قول الراكب •
٣١٩٩- وهو قول الشافعي في كتاب العارية •
٣٢٠٠- وقال اصحابه : انه قال في كتاب المزارعة ان المزارع اذا ادعى العارية والمالك الاجارة ان القول قول المالك •
فمن اصحابه من حمل كل مسألة على ظاهرها •
ومن اصحابه من نقل جواب كل مسألة الى اخرى وجعلها على قولين •
٣٢٠١- لان المنافع عندنا لا تقوم بغير عقد ، والاصل براءة الذمة وفراغ الساحة ولم يوجد ما يستحق الاجرة ، واذا جعلوا القول قول المالك حلف واستحق الاجرة •

(١) يقصد بالطعام في المصطلح العراقي حتى اليوم الحبوب كما يقصد به الطعام المعد للاكل •

فصل قدر الأجرة

- ٣٢٠٢- وفي قدر الأجرة وجهان :
- احدهما يجب المسمى لانه قبل قوله فيها وحلف عليها .
والثاني تجب اجرة المثل وهو الصحيح .
- ٣٢٠٣- قالوا وان نكل عن اليمين لم ترد على المتصرف لان اليمين انما ترد ليستحق بها حق ، والمتصرف لا يدعي حقا فلم ترد عليه .
- ٣٢٠٤- قالوا : فان قلنا ان القول قول المتصرف حلف وبريء من الأجرة ، فان نكل ردت اليمين على المالك ، فاذا حلف استحق المسمى وجها واحدا لان يمينه بعد النكول كاليمين في أحد القولين وكالاقرار في الآخر ، وأيهما كان وجب المسمى .

فصل تلف الدابة بعد الركوب

- ٣٢٠٥- وان تلفت الدابة بعد الركوب ثم اختلفا :
- فمن جعل القول قول المالك حكم بالأجرة .
ومن جعل القول قول الراكب فمنهم من حكم عليه بأقل الامرين من الأجرة والقيمة لانفاقهما على استحقاقه ، ومنهم من قال لا يلزمه شيء لانه لا يدعي القيمة والأجرة لاستحقاق عليه .

فصل ادعاء المالك الغصب والمتصرف العارية

- ٣٢٠٦- واذا قال المالك غصبها فعليك الأجرة وقال المتصرف بل اعرتها فلا اجرة على ، فان المزني نقل عن الشافعي ان القول قول المستعير ، ومن اصحابه من قال المسئلة على طريقين : احدهما الفرق بين الارض والدابة ومنهم من قال الجمع على قولين : لان الخلاف في وجوب الأجرة .

فصل

خلافهما بعد الهلاك

٣٢١٠٧- فان كان الخلاف بعد الهلاك فالقول قول المالك لانه لم يقر بما
يوجب سقوط حقه والراكب يدعي عقدا يسقط الضمان فلا يقبل قوله •

فصل

٣٢٠٨- وان اختلفا فقال المالك اعرتك وقال الراكب بل أجرتيها فالقول
قول المالك لانهما اتفقا ان الملك له واختلفا في صفة الانتقال فكان القول قول
المالك ، ولا فرق بين ان تكون باقية او هالكة عندنا •

٣٢٠٩- وقال اصحاب الشافعي ان كانت العين قد تلفت نظرت فان لم يمين
مدة لملها اجرة فان المالك يدعي القيمة والراكب يقر باجرة ، فان كانت القيمة
اكبر من الاجرة لم يستحق حتى يحلف •

٣٢١٠- وان كانت القيمة مثل الاجرة أو أقل منها فيه وجهان أحدهما
يستحق من غير يمين لانهما اتفقا على الاستحقاق ، والثاني لا يستحق من غير يمين
لانه اسقط من الاجرة ، وهو يدعي القيمة بحكم العارية والراكب ينكر فلم
يستحق من غير يمين •

فصل

ادعاء المالك الغصيب والراكب الإجارة

٣٢١١- واذا قال المالك : غصبتها •

وقال الراكب بل أجرتيها فالقول قول المالك لان الاصل عدم الاجارة ، فان
كانت موجودة • ردها ولا شيء عليه وان كانت تالفة غرم القيمة •

٣٢١٢- وفي هذا الكتاب مسائل كثيرة ، وفي الذي ذكرت اصوله وبعض

الفروع •

ولما كان احياء الموات يملك بغير عوض ، وكان ذلك يفتقر الى اذن الامام

ولا يفتقر الى اذن أحد صار في معنى التبرع فوجب ان يذكر هنا •

كتاب إحياء الأموات

وهذا كتاب إحياء الأموات

٣٢١٣- اعلم ان الموات كل أرض بطل الانتفاع بها أما لعدم الماء وخراب
الانهار أو لكثرة الماء كالبطائح والصروات (١) .

تحديد معنى الإحياء

٣٢١٤- والاحياء هو ان يجعلها منتفعا بها .
٣٢١٥- وحقيقته فيما كان عامرا فخرّب ، لانه يبطل الانتفاع به كما يبطل
الانتفاع بالحيوان اذا مات ، غير ان موت الحيوان يبطل ملك المالك عنه ، وخراب
الارض لايزيل ملك المالك عنها .

فصل

ما لا يجوز إحياءه لغير مالكة
٣٢١٦- وكل أرض لها مالك معين من المسلمين أو أهل الذمة أو موقوفة
على بعض فانه لايجوز احياءها لغير مالكةا بلا اختلاف .

فصل

ما يجوز إحياءه

٣٢١٧- وما لايعرف له مالك معين ، وان كان عليه اثر العمارة فانه يجوز
إحياءه لقوله عليه السلام :
- « من احيا أرضا ميتة فهي له » (٢) .

(١) كذا أيضا في نسخة قليج وفي نسخة منيخ القروات والقرو من الارض
الذي لا يكاد يقطعه شيء والجمع قرو . (لسان العرب) .
(٢) وتام الحديث « وليس لعرق ظالم حق » الموطأ ٢-١٧ ، أبو عبيدة
الاموال ٢٨٦ ، القرشي : الخراج ٨٣ ، وأبو يوسف ١١٧ : الخراج ٦٤-٦٥ .
ويروى الامامية الاثنا عشرية عن الامام الباقر قوله « ايما قوم احيوا شيئا من
الارض فهم أحق بها ، وهي لهم (الطوسي : التهذيب ٧-١٤٩ ، ١٥٢ ، والاستبصار
٣-١٠٧ ، ١١٠ والكليني ٥-٢٩٧ . انظر رسالة احياء الاراضي الموات للسيد
محمود المظفر ، ص ٣٧-٣٨) .

٣٢١٨- وقال اصحاب الشافعي :

الاحياء على ثلاثة اوجه :

٣٢١٩- منها مآباد اهلكه ولم يعرف مالكة كالحرز^(١) العادي ، فانه يجوز

احياؤه لقوله :

- « عادي الارض لله ولرسوله ثم لكم من بعد »^(٢) .

رواه طاووس .

٣٢٢٠- وهذا قولنا .

٣٢٢١- فان كان في دار الاسلام فهو كاللقطة وان كان في دار الحرب

فهو كالركاز .

٣٢٢٢- والوجه الثاني انه لا يملك بالاحياء لانه ان كان في دار الاسلام

فهو لمسلم ، او ذمي ، او لبيت المال فلا يجوز احياؤه .

وان كان في دار الحرب جاز ان يكون لكافر اذا لم تبلغه الدعوة فلا يحل

ماله بالاحياء .

٣٢٢٣- والثالث انه ان كان في دار الاسلام لم يملك وان كان في دار

الحرب ملك .

٣٢٢٤- وعندنا الجميع سواء اذا عدم المالك نظر الامام في ذلك نظر المصالح .

فصل

ما قرب من العامر

٣٢٢٥- وما قرب من العامر فليس بموات وما بعد فهو موات .

٣٢٢٦- وحده ابو يوسف انه الذي اذا وقف على طرف العامر ونادى

بأعلى صوته لم يسمع ، جاز احياؤه .

٣٢٢٧- وقال الشافعي : ما يحتاج اليه لمصلحة العامر من المرافق كجبريم

البشر وفناء الدار والطريق ومسيل الماء لايجوز احياؤه لانه تابع للعامر ، وكذلك

ما بين العامر من الرحاب والشوارع ومقاعد الاسواق لايجوز تملكه بالاحياء .

(١) كذا ولعلها الحوز . وفي نسخة قليج كالحزب العادي وهو غلط .

(٢) ابو عبيد : الاموال ٢٧٢ .

٣٢٢٨- لأنه من العامر فليس بموات ، وما عدا ذلك فليس لاحد فيه حق فجاز أن يملك .

فصل

الاحياء سبب للتملك

٣٢٢٩- والاحياء سبب للتملك^(١) يصح من كل من يجوز ان يملك المال لأنه فعل يملك فيه كالاصطياد .

٣٢٣٠- ولا فرق عندنا بين المسلم والذمي والحر والعبد والمأذون له والمكاتب .

٣٢٣١- وقال الشافعي : لايجوز للامام ان يأذن لذمي في الاحياء .

٣٢٣٢- لأنه يملك الارض بالبيع والهبة فملك بالاحياء كالمسلم ، ولأنه يتعلق به حق لكافة المسلمين .

وقوله عليه السلام : ثم هي لكم منى خطاب لمن حضره فيدخل فيه المسلم والذمي ، لان حكمه حكم بيت المال .

فصل

اذن الإمام

٣٢٣٣- وقال أبو حنيفة لابد من اذن الامام في الاحياء ليقع الملك^(٢) .

(١) لم يحدد السمناني المقصود من التملك والملكية التي تتحقق للمحبي بالاحياء ، ويكون الاحياء سببا في تملكها ولعل عذره في ذلك اختلاف الفقهاء في ذلك ، فهم بين من يرى ان الملك مطلق وحاجز وبين من يرى انه مقيد وبين من يرى أنه لايعمل الانتفاع ، والاتجاه الأول يمثل التعريف الذي أشار اليه السيد الجرجاني بقوله ان الملك في اصطلاح الفقهاء اتصال شرعي بين الانسان وبين شيء يكون مطلقا لتصرفه فيه وحاجزا عن تصرف غيره .

(٢) والى مثل هذا القول ذهب الامامية الاثنا عشرية اجماعا كما ذكر السيد المظفر ص ٩٧ استنادا الى ما جاء في الخلاف للطوسي ٢-٢ والشهيد في اللمعة ٢-٢٥ والجواهر ٦ باب احياء الموات والعامل في مفتاح الكرامة ، وجاء في شرائع الاسلام للمحقق الحلي ٢-١٦٨ ان الموات « للامام (ع) لا يملكه احد وان احياءه ، مالم يأذن له الامام ، واذنه شرط » .

- ٣٢٣٤- وقال ابو يوسف ومحمد يجوز بغير اذن الامام •
 ٣٢٣٥- وهو قول الشافعي ، لانه مال وصل الينا •
 ٣٢٣٦- لانه مال وصل الينا بزوال يد اهل الشرك فلا يجوز لاحد ان
 ينفرد به بغير اذن الامام كالغنيمة ومال^(١) بيت المال •

فصل ماهية الاحياء

- ٣٢٣٧- والاحياء ان يعمر الارض ويعرضها للاتفاع ، ويرجع في ذلك
 الى العرف •
 فان كان يريد السكنى بنى سور الدار او حجر^(٢) ان جرت العادة به ،
 وان كان للزراعة حرث وكرب وساق الماء وحفر البئر والعين وما يقرب من
 الاتفاع •

فصل ما يترتب على الاحياء

- ٣٢٣٨- واذا أحيا الارض ملكها وما فيها من المعادن كالبلور والفيروزج
 والحديد والرصاص لانه من اجزاء الارض فملكه بالاحياء كما يملك بالشراء
 وكما يملك الماء والعين فيها •
 ٣٢٣٩- ومن اصحاب الشافعي من قال :
 لا يملك الا الماء وما ينبع منها •

فصل استثناء الكلا

- ٣٢٤٠- ولا يملك ما نبث فيها من الكلا وما لا ينبت الناس •

(١) فى نسخة قليج : وينال (٢) فى النسختين جصص وفى سائر كتب
 الفقه يرد مصطلح التحجير •

٣٢٤١- وقال بعض اصحاب الشافعي يملك •

٣٢٤٢- لانه عليه السلام قال :

لا حنى في الاراك •

وقال : الناس شركاء في ثلاث الماء والكأ والنار •

٣٢٤٣- ولا خلاف انه لو فرخ الطير في الشجر لم يملكه •

ولو ولد في ارضه ظبى لم يملكه كذلك ما ذكرناه •

فصل

حريم العين وما إليه

٣٢٤٤- ويملك حريم^(١) العين فيما يحتاج اليه من القاء ، وفساء البئر

للعطن أربعون ذراعا وللزراع في قول أبى يوسف ومحمد ستون ذراعا وحريم

البئر خمسمائة ذراع في رواية الطحاوى وثلاثمائة في رواية القدورى في المختصر

الا ان يتجاوز الجبل فيكون له منها [منتهى] الجبل في البئر •

فصل

تصرف المحي فيا أحياء

٣٢٤٥- ومن ملك درا بأحياء او شراء فحصل داره مقصورة او مدبغة لم يكن

للاخر منه لانه تصرف في ملكه •

فصل

ما يمنع منه المحي من التصرفات

٣٢٤٦- وان طرح في أصل حائطه سرجينا منع لانه يضر بالحائط •

٣٢٤٧- وان حفر جبا في أصل حائطه لم يمنع منه لانه تصرف في ملكه •

(١) عرف الجريم فى الفقه بأنه ما تمس الحاجة اليه لتمام الانتفاع بالعمور (نهاية المحتاج ٣٣٠/٥ وانظر ايضا مفتاح الكرامة ١٣/٧ ورسالة السيد محمود المظفر ، ص ١٠٦ •

٣٢٤٨- وقال بعضهم يمنع لانه يضر بالحاجز الذي بينهما في الارض •

فصل حفر الآخر بئراً

٣٢٤٩- وان ملك بئراً بالاحياء فجاء آخر وحفر بئراً ناحية على حريمه فنقص ماء الاولى لم يمنع منه لانه تصرف في ملكه ولا حق لغيره فيه •

فصل المحجر أحق بما تحجر

٣٢٥٠- وان تحجر مواتاً باذن الامام او بغير اذنه عند من اجاز ذلك ، وهو أن يشرع في احيائه ولم يتم فهو احق به من غيره لقوله عليه السلام :
- من سبق الى مالم يسبق اليه فهو احق به •

فصل تصرفات المحيي بما أحياء

٣٢٥١- ويورث ما ملك بالاحياء ، ويباع ويوهب ويتصرف فيه بسائر التصرف بالاملاك لانه ملك بسبب صحيح •

فصل المعدن الظاهر في الموات

٣٢٥٢- من سبق في الموات الى معدن طاهر لا يحتاج الى مؤونة كالماء والقار والملح والنوشادر والياقوت والرخام والبرام ؟ والكحل فهو أحق به لانه سبق الى مالم يسبق اليه احد •

فصل

إذا طال مدة التحجر

٣٢٥٣- واختلف فيه اذا طال المقام هل يمنع ام لا ؟ فمنهم من قال يمنع

لأنه يضر تحجيره ، ومنهم من قال لا يمنع لأنه لم يسبق إليه أحد •

فصل

تدخل الإمام

٣٢٥٤- وللإمام أن يرض بالمكان إذا تشاحنا فيه أحدهما •

فصل

معدن الذهب والفضة وما يطع

٣٢٥٥- واختلف في معدن الذهب والفضة وما يطع هل يملك بالاحياء

أم لا ؟ •

٣٢٥٦- فمنهم من قال يملك ، وهو قولنا ومنهم من قال لا يملك •

٣٢٥٧- لأنه تصرف بأذن الإمام فكان كمال بيت المال •

فصل

الارتفاق فيما بين العامر

٣٢٥٨- ويجوز الارتفاق فيما بين العامر من الشوارع والطرق والرحاب

الواسعة بالقعود للبيع والشراء ، لاتفاق اهل الامصار في جميع الاصار على ذلك

من غير نكير ، ولأنه لا ضرر على أحد في ذلك ، وله أن يظل بما لا يضر بالمارة

من ثوب وبارية^(١) لأنه مباح للحاجة •

فصل

٣٢٥٩- وإذا قام وترك المتاع لم يكن لغيره فيه حق مادام متاعه ، ولغيره أن

يقعد إذا قام لأن حقه سقط بقيامه •

(١) البارية في لهجة العراق هي الحصير من القصب المشرح •

فصل

إطالة المقام

٣٢٦٠- وهل له أن يطيل المقام ؟
فيه خلاف : فان تشاح فيه اثنان فمنهم من قال : يقرع بينهما ، ومنهم من قال يخص الامام من شاء منهما •

فصل

للإمام أن يحمي ويقطع

٣٢٦١- ويجوز للامام أن يحمي أو يقطع الموات الا ما يضر بكافة المسلمين ويتعلق بمصالح العامة ، كالآبار التي يشربون منها ، والملح الذي يمتارون منه والكلاء •
ويجوز ان يحمي لابل الصدقة وخيل المجاهدين •

فصل

ما أقطعه النبي

٣٢٦٢- أما جواز الاقطاع فقد اقطع النبي عليه السلام لوائل^(١) أرضا وأرسل معه معاوية ، واقطع الزبير حضر فرسه فأجرى فرسه حتى قام^(٢) ورمى بسوطه فقال : اعطوه حيث وقع السوط •

فصل

إقطاع الخلفاء

٣٢٦٣- واقطع ابو بكر واقطع عمر وكذلك عثمان وعلي ، وهو فعل ائمة العدل وولاية الجور في سائر الازمان ، بل فعل الخوارج والملوك من غير تكثير يظهر على فاعله وطالبه ولو عدد بامر من اقطع او اقتطع لطال الكتاب •

(١) هو وائل الحضرمي وقد اقطع ارضا بحضرموت •

(٢) اى عجز عن الجرى والتقدم •

فصل

مقدار ما يجوز إقطاعه

٣٢٦٤- وينبغي أن لا يقطع أحدا إلا بما يتمكن من عمارته وأحيائه ، لأنه إذا أعطاه أكثر من ذلك دخل الضرر على المسلمين من غير فائدة^(١) .

المعادن الظاهرة

٣٢٦٥- ولا تقطع المعادن الظاهرة ، لما روى أبيض بن حمال^(٢) أنه استقطع رسول الله صلى الله عليه وسلم ملح مأرب^(٣) فاقطعه ثم أن الأقرع بن حابس^(٤) قال :

- يا رسول الله ، أتني قد وردت الملح في الجاهلية ، وهو بأرض ليس بها ملح ، ومن ورده أخذه وهو مثل الماء العد^(٥) بأرض فاستقال أبيض فقال أبيض قد

(١) لا تخفى أهمية هذه القاعدة ومدى دلالتها على سياسة التشريع الاسلامي بصدد اعمار الارض بالاقطاع وكون ذلك مقيدا بالقيود المذكورة لئلا يؤدي الاقطاع المطلق الى استغلال الفلاحين او تضخم الملكية .
(٢) جاء في اسد الغابة ٤٥-١ :

أبيض بن حمال بن مرثد بن ذي لحيان عامر بن ذي العنبر . . الهمداني وهو ابيض المأربي السبأي . . وفد على رسول الله (ص) واستقطعه الملح السدي بمأرب فاقطعه ، فلما ولي قال رجل يا رسول الله ، أتدري ما أقطعت له ؟ إنما أقطعت له الماء العد فانتزعه منه ، ومن حديثه أيضا أنه سأل النبي (ع) عما يحمي من الاراك قال ما لا تناله اخفاف الابل .
(٣) في النسختين مارن وهو غلط كما يظهر مما ورد في ترجمة أبيض بن حمال .

(٤) جاء في اسد الغابة ١-١٠٧ هو الأقرع بن حابس بن عقال . . قدم على النبي (ص) مع اشراف تميم بعد فتح مكة . . وشهد مع خالد بن الوليد حرب العراق وشهد معه فتح الانبار وكان على مقدمة خالد بن الوليد ، وكان شريفا في الجاهلية والاسلام ، واستعمله عبد الله بن عامر على جيش سبته الى خراسان قاصيب بالجوزجان هو والجيش .

(٥) العد : الكثرة ، يقال انهم لدوعد وقبض (لسان العرب) .

أقلته فيه على ان يجعله صدقة ، فقال رسول الله (ص) هو منك صدقة ، وهو مثل الماء العد من ورده أخذه •

فصل المعادن الباطنة

٣٢٦٦- واختلف اصحاب الشافعي في المعادن الباطنة فمنهم من قال ان قلنا الملك بالاحياء جاز اقطاعها لانه موات يجوز ان يملك بالاحياء ، وان قلنا : لا يملك بالاحياء فهل يجوز اقطاعه ؟ فيه قولان : احدهما يجوز لان الانتفاع به يقتصر الى المؤن كموات الارض ، والثاني لايجوز لانه معدن لا يملك بالاحياء فلم يجز اقطاعه ويرعى ما فيه من الكلا لما روى الصعب بن جثامة^(١) قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه يقول :
- لا حمى الا لله ورسوله •

فصل

٣٢٦٧- فالرسول صلى الله عليه له ان يحمى لنفسه وللمسلمين ، فأما نفسه فما حمى لها ، ولكنه حمى للمسلمين لانه حمى البقيع لخيلى المسلمين •

فصل

٣٢٦٨- وأما الأئمة فلا تحمى لنفسها ولهم أن يحموا لخيلى المجاهدين ونعم الصدقة والجزية وماشية من يضعف عن الأبعاد في طلب النجعة •
٣٢٦٩- وللشافعي قولان :
أحدهما [مثل] قولنا والثاني لايجوز •

(١) جاء فى اسد الغابة ٣- ١٩ :

الصعب بن جثامة واسمه يزيد بن قيس بن ربيعة •• الكنانى الليثى أمه زينب بنت حرب بن أمية اخت ابي سفيان ، وحالف جثامة قريشاً كان الصعب ينزل ودان والابواء من ارض الحجاز ترفى فى خلافة ابي بكر ، روى عنه ابن عباس ان النبى (ص) قال لا حمى الا لله ورسوله •

معارضة أعرابي في الإحياء

٣٢٧٠- وقد روى عبدالله بن الزبير عن أبيه قال : أتى اعرابي من أهل نجد عمر فقال : يا أمير المؤمنين :
بلادنا قاتلنا عليها في الجاهلية وأسلمنا عليها في الاسلام فعلى ما تحييها .
فأطرق عمر رحمه الله وجعل يفتل شاربته ، وكان اذا كره أمرا قتل شاربته ونفخ .

فلما رأى الاعرابي ما به جعل يردد ذلك فقال عمر :
المال مال الله والعباد عباد الله ، ولولا ما أحمل عليه في سبيل الله^(١)
ما حمت من الارض شبرا في شبر .
٣٢٧١- قال مالك رحمه الله :
نبئت^(٢) أنه رحمه الله كان يحمل في كل عام أربعين ألفا من الظهر وقال
مرة من الخيل .

عامل الحمى

٣٢٧٢- وروى زيد بن اسلم عن أبيه ان عمر رضي الله عنه استعمل مولى له يدعى هنيا على الحمى .
وقال : ياهني ، اضم جناحك^(٣) عن الناس واتق دعوة المظلوم ، فان دعوة المظلوم محابة ، وادخل رب الصريمة والغنيمة واياك ونعم ابن عوف ونعم ابن عفان فانهما ان تهلك ماشيتهما يرجعان الى شيء من زرع ، ويحك ان رب الصريمة ورب الغنيمة ان تهلك ماشيته يأتيني فيقول :
يا أمير المؤمنين يا أمير المؤمنين افتاركهم لا ابالك !
فالماء والكلاء اسر عندي من الذهب والورق ، والذي تقسني بيده ، لولا المال الذي أحمل عليه في سبيل الله ما حمت عليهم من بلادهم شبرا^(٤) .

(١) المصلحة العامة في اصطلاح الفقه بعد ذلك .

(٢) في نسخة قليج ثبت .

(٣) في نسخة قليج : جبادل ولا معنى له .

(٤) تقييد الحمى بالضرورات .

فصل

مصير ما حماه الرسول (ص)

٣٢٧٣- وما حماه النبي عليه السلام من الارض لحاجة وهي باقية لم يجز احيائها^(١) وان زالت الحاجة فمنهم من قال يجوز لان السبب زال ، ومنهم من قال لايجوز لان ماحكم به النبي (ص) نص فلا يجوز نقضه بالاجتهاد .

مصير ما حماه الإمام

٣٢٧٤- وفيما حماه الامام خلاف هل لمن بعده ان ينقضه ام لا ؟

فصل

أقصى مدة للتججير

٣٢٧٥- ومن أقطعه الامام مواتا فعمره فيما بينه وبين ثلاث سنين ملكه وان جازت ثلاث سنين لم يملكه وعاد الى حكم الموات ، لان عمر قال لبلال بن الحرث انما أقطعك النبي عليه السلام العقيق لتعمره لا لتججيه ثم انتزعه منه وردده الى اصحاب رسول الله (ع) وقد روى انه قال : لا حق لمحتجر فوق ثلاث سنين ، ولان القصد عمارة الدار ونفع المسلمين بما يؤخذ من الارض من الحق .

فصل

خراجية أم عشرية؟

٣٢٧٦- واذا تم الملك بالاحياء فان شربت الارض بماء السماء فهي أرض عشر وان ساق الماء من أنهار المسلمين التي حفروها أو سقاها بماء المطر^(٢)

(١) في النسختين احماؤها ولا يستقيم المعنى بذلك .

(٢) المقصود ما تجمع من ماء المطر في أحواش .

أو ساق إليها الماء من بعض الاودية التي هي خلقه في الارض لم ينشئها الكفار نحو دجلة والفرات فان ابا يوسف يعتبر حال الارض التي تحي والارض التي فيها هذه الانهار العظام فان كانت في حيز ارض الخراج حكم بانها خراجية ، وان كانت في ارض العشر جعلها عشرية •

٣٢٧٧- وقال محمد تكون عشرية وان كانت في حيز الخراج ومسقية من الانهار التي في ارض الخراج •

٣٢٧٨- واتفقوا انه اذا ساق إليها الماء من نهر كان في يد الكفار والاعاجم هم خفروه وانشأوه كنهر الملك^(١) ونهر الرقيل^(٢) وما جرى مجراهما من الانهار فان الارض تكون ارض خراج لان هذه انما وصلت اليها بالغلبة وظهورنا عليها فتعلق حق الكافة بها ، وحق الكافة في الخراج دون العشر فيجب ان يوضع الخراج عليها •

فصل

بيع ارض الخراج

٣٢٧٩- وارض الخراج يجوز بيعها عندنا وتجري في الموارث ، وهي ارض العراق •

٣٢٨٠- وقال الشافعي نفسه لا أدري ما صنع عمر رضي الله عنه في ارض السواد •

٣٢٨١- واختلف اصحابه في تفصيل مذهبه فمنهم من قال باعها والخراج

(١) فرع كبير من فروع الفرات كان ينتهي الى دجلة جنوب بغداد ويعرف باسم نهر الملك او نهر ملكا وكان هذا النهر يروي الجانب الغربي من المدائن (انظر بغداد للمرحوم مصطفى جواد واحمد سوسة ص ٢٤-٢٥) •

(٢) فرع من فروع الفرات عرف في العصر العباسي باسم نهر عيسى وعرف قبل العهد العربي باسم نهر الرقيل وكان هذا الفرع ينتهي الى بغداد الغربية ويصب في دجلة والرقيل الذي ينسب اليه هذا النهر هو اسم دهقان من الفرس أسلم على يد سعد بن ابي وقاص (انظر بغداد للمرحوم مصطفى جواد واحمد سوسة ص ٥ - ٦) •

نمن ، ومنهم من قال بل رقبها والخراج أجرة ، ولهم تفصيل طويل •
٣٢٨٢- والاصل فيه هو ما ذكرناه ، والصحيح عندنا انها مملوكة يجرى
فيها البيع لاتفاق العلماء في سائر الاعصار على جواز فعل ذلك •

فصل

حكم المياه

٣٢٨٣- والمياه عندنا على اصل الاباحة لاتملك الا بالاخذ ، ولا فرق عندنا
بين ما ينبع في ملك لرجل معين او احد من الاودية العظام •
٣٢٨٤- وقال اصحاب الشافعي : كل ما ينبع في ارض مملوكة فصاحب
الارض احق به لانه يملكه •
٣٢٨٥- ومن اصحابه من قال لا يملكه وانما لا يجوز لغيره ان يدخل ملكه
وكان هو احق به •

٣٢٧٦- والخلاف في كلاً نبت في الارض مثل ذلك •
٣٢٨٧- وعلى صاحب الارض بذل الماء للشرب وللحيوان ، ولا يجب للزراع
ولمن احتاج اليه الدخول الى ارضه واخذه ، لقوله عليه السلام : الناس شركاء
في ثلاث : الماء والكلاً والنار •

٣٢٨٨- وقال أبو عبيد بن حرب لا يلزمه بذله كما لا يلزمه بذل الكلاً
للماشية وبذل الدلو والجبل ، وهذا لا يصح لانه عليه السلام نهى عن بيع
فضل الماء ، وقال عليه السلام :

- من منع فضل الماء ليمنع به فضل الكلاً منعه الله تعالى فضل رحمته •
٣٢٨٩- ولا يلزمه بذله للزراع لانه لا حرمة له في نفسه ، والحيوان له
حرمة في نفسه ، ولهذا لو كان الزرع له لم يلزمه سقيه ، والماشية لو كانت
له لزمه سقيها ، وهذا كله اذا كان للماء فضل ، فان كان لا يفضل عن صاحبه
ويستضر بذله كان احق به •

فصل

٣٢٩٠- ولا يجوز بيع ماء في البئر ولا في النهر •

٣٢٩١- ومن اصحاب الشافعي من اجازہ لانه غير مملوك للبائع ، ومن اخذه ملكه فلا يجوز بيعه كالصيد •

فصل

٣٢٩٢- واذا كان نهرا صغيرا لا يمكن سقي الارض منه الا بجبسه ، فان كانت الارض مستوية بدأ من سقيه اول النهر فجبس الماء حتى يسقي أرضه الى ان يبلغ الى الكعب ثم يرسله الى من يليه ، وعلى هذا الى ان ينتهي آخر الاراضى لما رواه عبادة بن الصامت^(١) ان النبي (ص) قضى في شرب من سيل ان للاعلى ان يشرب قبل الاسفل ويجعل الماء الى الكعب ثم يرسله الى اسفل الذي يليه كذلك حتى تنتهي الارضون^(٢) وما روى ان الزبير ورجلا من الانصار

(١) جاء في أسد الغابة (١٠٦/٣) عبادة بن الصامت بن قيس الانصاري الخزرجي أبو الوليد وامه قرعة العين بنت عبادة بن نضلة •
شهد العقبة الاولى والثانية وكان نقيبا على القوافل ، آخى رسول الله بينه وبين أبي مرثد الغنوي وشهد بدرًا وأحدا والخندق والمشاهد كلها مع رسول الله (ص) واستعمله النبي على بعض الصدقات وقال له اتق الله لاتأتي يوم القيامة ببيع تحمله له رغاء أو بقرة لها خوار أو شاة لها ثؤاج ، قال فوالذي بعثك بالحق لا أعمل على اثنين جمع القرآن على عهد الرسول وكان يعلم اهل الصفة القرآن ، ولما فتح المسلمون الشام ارسله عمر وارسل معه معاذ بن جبل وابا الدرداء ليعلموا الناس القرآن بالشام ويفقهوهم بالدين • وخالفه معاوية في شيء انكره عبادة فأغلظ له معاوية في القول فقال عبادة لا اسألك بأرض واحدة أبدا ورجل الى المدينة فكتب عمر الى معاوية لا أمرة لك عليه •

روى عنه جماعة من الصحابة والتابعين ، قال ابو زاعي اول من تولى قضاء فلسطين عبادة بن الصامت ، وقد بايع عبادة رسول الله على أن لا يخاف في الحق لومة لائم : واقام في الشام خطيبا فقال :

أيها الناس انكم قد احدثتم بيوعا لا أدري ماهي ، الا أن الفضة بالفضة وزنا بوزن تبرها وعينها ، والذهب بالذهب وزنا بوزن تبره وعينه ، الا ولا بأس ببيع الذهب بالفضة يدا بيد والفضة اكثرها ، ولا يصلح نسيئته الا وان الحنطة بالحنطة مديا بمدى والشعير بالشعير مديا بمدى الا ولا بأس ببيع الحنطة بالشعير والشعير اكثرهما يدا بيد ولا يصلح نسيئته ، والتمر بالتمر مديا بمدى والملح بالملح مديا بمدى ومن زاد أو ازداد فقد اربى • وتوفى عبادة سنة اربع وثلاثين أو خمس واربعين بالرملة وقيل بالبيت المقدس •

(٢) أنظر الرقم ٢٠٦ من هذا الكتاب •

تنازعا في شراج يسقي بها الارض فقال الانصارى للزبير :

• سرح الماء •

فأبى الزبير فاحتصما الى رسول الله (ص) فقال للزبير اسق أرضك ثم ارسل

الماء الى جارك •

فقال الانصارى :

• ان كان ابن عمك يارسول الله •

قتلون وجه النبي (ص) فقال :

• يازبير اسق أرضك واجبس الماء حتى يبلغ الجدر •

فصل

٣٢٩٣- وان كانت الارض بعضها اعلى من بعض ولا يقف الماء في الارض

العالية الى الكعب حتى يقف في الارض المستغلة الى الوسط سقي المستغلة حتى

يبلغ الماء الى الكعب ثم يسدها ويسقي العالية حتى يبلغ الكعب •

فصل

٣٢٩٤- وليس لمن شق نهرا او حفر بئرا ان يعجيء غيره فيأخذ ماءه بغير

اذنه لانه من مرافق ما احياه •

فصل

٣٢٩٥- واذا اشترك جماعة في استنباط عين او حفر نهر على ان يشتركوا

في الماء ، فان دخلوا على ان يتساووا في الماء تساوا في الاتفاق ، وان دخلوا على

التفاضل تفاضلوا في الاتفاق ، ويكون الماء بينهم على قدر النفقة لانهم استفادوا

ذلك بالاتفاق فكان حقهم على قدر المؤونة •

فصل

السقي بالمهاياة

٣٢٩٦- فان أرادوا سقي أرضهم بالمهاياة يوما ويوما ، جاز ، وان أرادوا

قسمة الماء نصبوا خشبة مستوية قبل الارض ويفتح فيها كل على قدر حقوقهم

فتخرج حصة كل واحد منهم الى أرضه •

فصل

أخذ الماء قبل القسمة

٣٢٩٧- وان أراد أحدهم ان يأخذ حقه من الماء قبل القسمة^(١) من ساقية يحفرها الى أرضه منع من ذلك ، لان حريم النهر مشترك فلا يجوز لواحد منهم ان يحفر فيه .

فصل

نصب رحي قبل القسمة

٣٢٩٨- وان أراد أحد ان ينصب رحي قبل القسم وهي لا تضر ويديرها بالماء منع لانه يتصرف في حريم مشترك وحق مشترك .

فصل

سقي أرض أخرى

٣٢٩٩- وان أراد ان يأخذ الماء ويسقي به أرضا أخرى ليس لها رسم شرب من هذا النهر فمنهم من قال ليس له ذلك لانه يجعل لنفسه شربا لم يكن له ، كما لا يجوز لمن له داران في دريين متلاصقين أن يفتح من احدهما بابا الى الاخرى فيجعل لنفسه طريقا لم يكن له .

٣٣٠٠- وهذا قول اصحاب الشافعي واحدى الروايتين عن اصحابنا .

٣٣٠١- ومن اصحابنا من قال له ذلك لانه يأخذ حقه فله أن يعبره وله أن يجمده (كذا) والا ادى الى ضياعه .

٣٣٠٢- وقد ذكر الطحاوى فى مختصره كتاب القسمة ان الدارين ان كانا لساكن واحد جاز له الفتح والعبر من احدهما الى الاخرى ، وان كان الساكن لكل دار غير الآخر لم يجز^(١) .

(١) فى نسخة قليج : (المقسم) .

(١) والمثال الوارد فى مختصر الطحاوى هو مثال «من اصابه فى قسمة حجرة سفلا وعلوا من دار فاراد أن يفتح فى حائطها بابا من حجرة له سواها فى دار اخرى ليتطرق من تلك الحجرة فى هذه الدار لم يمنع مما يفعله فى حائطه ، ثم ينظر فان كان ساكن الحجرتين واحدا لم يمنع من التطرق فى هذه الدار ، وان كان ساكن الحجر التي من وراء هذه الدار غير ساكن الحجر التي وقعت له من هذه الدار لم يخل بينه وبين ذلك » . (ص ٤١٥ من المختصر المذكور) .

٣٣٠٣- وسمعت شيخنا قاضي القضاة رحمه الله يحكي ان هذه المسألة جرت بين الطبرى من أصحاب الشافعي والقاضي الصيمري استأذنه رحمهما الله وطالبه بالحجة فقال الصيمري : انما منع من ذلك لان الشفعة تستحق بالطريق في كل درب فلو اجزنا ذلك لآخذ بكل دار شفعة التي في الدرب الآخر ، وهذا لايجوز ، وقد في نقل الماء من أرض الى اخرى انما لم يجز لان التنازع اذا وقع في الماء قسم على عدد الجريان ويتبع الشروب فيضرب باصحاب النهر الاخر .

فصل

اختلافهما في قسمة الماء

٣٣٠٤- واذا اختلفا في الماء وقسمته فان أصحابنا قالوا يقسم على مساحة الارض فيعطى كل أرض ما يخصها .
٣٣٠٥- وحكى ابو موسى الضبرير في مختصره ان من الفقهاء من قال يقسم على عدد الرؤوس كما قال في الشفعة .

فصل

اختلافهم في حريم النهر

٣٣٠٦- واذا اختلفا في حريم النهر لمن هو .
قال ابو حنيفة يكون لصاحب الارض لانه جزء منها ويكون تعبير الماء حقا عليه .
٣٣٠٧- وقال ابو يوسف ومحمد يكون لصاحب النهر حريما للملقى طينه .
٣٣٠٨- وكم يأخذ من كل جانب ؟
قال ابو يوسف مثل ذرع نصف بطن النهر وقال محمد مثل بطن النهر لانه لا يمكن النفع به الا بحرزم كالبر .
٣٣٠٩- وهو قول الشافعي في الحريم انه لصاحب النهر .

فصل

اختلافهم في الكرى

٣٣١٠- واذا اختلفا في الكرى في النهر فابو حنيفة يلزم الجميع بالحفر الى آخر ضيعة كل واحد ، فيكرى الاول حتى ينزل عن ضيعته ويسقط من الشركاء كأنه لم يكن وكذلك أبدا الى آخر النهر .

٣٣١١- وقال أبو يوسف ومحمد يشتركون في الجميع من أوله الى آخره ،
لان الماء اذا قام افسد النهر .

فصل

كيفية الكري

٣٣١٢ - وكيف يكون الكرى ؟

يكون على قدر الحربان في قولهم جميعا .

٣٣١٣- واذا قد ذكرنا مايملك بغير عوض بفعل واحد وجب ذكر مايملك
بالشركة .

كتاب الشركة

جواز الشركة^(١)

٣٣١٤ - اعلم ان الشركة في الجملة جائزه

٣٣١٥ - وقد كانت في الجاهلية وسائر الشرائع ، وهي في الاسلام ثابتة .

٣٣١٦ - واقرهم النبي (ع) عليها .

٣٣١٧ - وقد روى ان اسامة بن شريك العقيلي (٢) اتى النبي (ص) فقال له :

— أتعرفني

— فقال :

— وكيف لا اعرفك وقد كنت شريكى ، كنت نعم الشريك لا تدارى ولا تهاى

٣٣١٨ - وقد اجازها سائر الفقهاء

(١) الشركة والشركة سواء : مخالطة الشريكين . يقال : اشتركا بمعنى تشاركا (لسان العرب) .

(٢) هكذا جعل السمناني نسبة اسامة الى بني عقيل أما اسد الغابة ففيه (١ - ٦٦) ان اسامة بن شريك ثعلبي من ثعلبة بن سعد عماده في أهل الكوفة . سمع اسامة يقول : اتيت النبي واصحابه كأنها على رؤسهم الطير فجاءته الاعراب من جواثب يسألونه عن اشياء لا بأس بها فقال رسول الله (ص) : عباد الله وضع الحرج او قال رفع الحرج الا من اقترض امراً عظيماً فذلك الذي حرج وهلك .

أنواع الشركات

٣٣١٩ - وهي على ضربين : شركة املاك وشركة عقود .

ما يصح فيه الشركة وما لا يصح

٣٣٢٠ - فالشركة تثبت في الملك بالميراث والوصايا والوقوف والهبات والغنيمة

وتصح في الاعيان والمنافع

٣٣٢١ - ولا تصح في استباحة البضع في النكاح ولا في ملك اليمين (١)

فصل

أنواع شركة العقود

٣٣٢٢ - وشركة العقود على ضربين :

١ - منها ما يصح بفعلها وهي الشركة في البيع والاجارة

٢ - ومنها ما يشتركان عليه فيما يبيعان ويشتريان وهي على اربعة

اضرب :

٣٣٢٣ - شركة مفاوضة (٢) : وهي التي يعتبر في صحتها التساوي في المال

(١) اي ان الشركة في هذه الامور تعد باطلة لمخالفتها لاحكام الشرع

الآمره والناهيه وبعبارة الفقه الوضعي الحديث لمخالفتها للنظام العام والاداب .

(٢) هي ان يفوض كل واحد من الشريكين الى صاحبه التصرف في ماله

مع غيبته وحضوره ، وذلك واقع عندهم في جميع الممتلكات
(بداية المجتهد ٢/٢١٠) .

والصفات ، ولا تصح بين مسلم وذمي ، ولا حر وعبد ولا كبير
وصغير ، ولا يجوز ان يبقى لاحدهما من المال الناض (١) مالا يدخل
في الشركة ،

٣٣٢٤- ومتى زاد مال احدهما على الآخر فسدت الشركة وهذا قول
اصحابنا

٣٣٢٥- وقال ابن ابي ليلى: ما يرثه احدهما او يوهب له او يحصل بسبب من
الاسباب فهو لهما ايضاً (٢)

(١) في النسختين النص .

(٢) الظاهر مما ذهب اليه ابن ابي ليلى ان المفاوضة ترجع الى عرف
جاهلي قديم هو التأخي بين شريكين بتوحيد ذمتها المالية ، وقد
كان نظام التأخي يقوم على اساس من اندماج عام في الذمة
والمسؤولية وكانت صيغته دمي دملك وهدمي هدمك ، وترثي
وارثك ، وحيث ان هذه الصورة من صور الشركات ترجع الى
اعراف بدائية في مجتمع قبلي يقوم على العصبية وسلطة ارباب
الأسر فقد استنكر هذه الشركة الشافعي وذهب الى أنها باطلة
لأنها تتنافي مع ما تقرر في الشرع الاسلامي من استقلال الذمم
ومن المسؤولية الفردية في الاموال وعن الافعال . وقد جاء في
بداية المجتهد (٢/٢١٠) «واختلفوا في شركة المفاوضة فاتفق مالك
وابو حنيفة بالجمله على جوازها وان كان اختلفوا في بعض
شروطها ، وقال الشافعي لا تجوز . وجاء في كتاب الافصاح لابن
هيبه (٢٥٧/١) «واختلفوا في شركة المفاوضه وشركة الوجوه
وشركة الابدان، فقال ابو حنيفة نصح كلها ، وقال احمد كلها ،
صحيحة الا شركة المفاوضه فانها باطلة .

٣٣٢٦ - وقال الشافعي : ان لم تكن شركة المفاوضه باطلة فليس في الدنيا عقد باطل (١)

تكييف شركة المفاوضة

٣٣٢٧ - وهي عقد يتضمن الوكالة والكفالة من كل واحد منها لصاحبه ، لأن تصرف الغير لا يجوز على غيره الا باذنه او ولائه عليه . وإذا لم يكن ولياً فهو وكيل وكفيل (٢)

٣٣٢٨ - ويكون كل ما يشتريه احدهما لهما وما يلزمه من العقود عليهما ، وما تلف بالغصب والاستهلاك عليها عند ابي حنيفة

٣٣٢٩ - وقال ابو يوسف يلزم المستهلك خاصة لأنه ليس من الشركة

٣٣٣٠ - وابو حنيفة يقول يصح ضمانه فدخل في الشركة

٣٣٣١ - وما تكفل احدهما من مال لزم صاحبه عند ابي حنيفة

٣٣٣٢ - وقال ابو يوسف يلزم الكفيل وحده

٣٣٣٣ - وما يشتريه احدهما من الطعام لنفسه القياس ان يكون لهما ، والاستحسان ان يكون لمن اشتراه لأنه محتاج اليه فهو كالكسوة والزوجة

(١) علل ابن رشد قول الشافعي ببطان شركة المفاوضه بالغرر فاذا اشترط كل واحد منها ربحاً لصاحبه في ملك نفسه فذلك هو الغرر ، ومما لا يجوز « (بداية المجتهد ٢ / ٢١٠) .

(٢) « راما مالك فيري ان كل واحد منها قد باع جزءاً من ماله بجزء من مال شريكه ثم وكل كل منها صاحبه على النظر في الجزء الذي بقي في يده (بداية المجتهد ٢ / ٢١٠)

يكون له والقياس انه يصح ان يشتري للشركة فكان يجب دخوله فيها .

٣٣٢٤ - وقد روى عن ابي يوسف انها تصح بين المسلم والذمي

٣٣٢٥ - لأن الخمر مستثناة في حق اهل الذمة

فصل

شركة العنان

٣٣٢٦ - والضرب الثاني شركة العنان

وهي شركة أخص من الاولى

٣٣٣٧ - وقال مالك لا اعرف العنان

٣٣٣٨ - وتجوز عندنا مع تساوي الصفة واختلاف الصفة في العاقد والمعقود عليه من المال .

٣٣٣٩ - وتصح من المسلم والذمي والحر والعبد والصبي والبالغ

٣٣٤٠ - ويجوز ان يبقى لشريكه من المال الناض ما يفضل عن الشركة

٣٣٤١ - وتجوز مع خلط المال وغير خلطه (١)

(١) خلط المال معناه ان الشركة يكون لها جرثومة ذمة

فصل

ما يكره من شركة العنان

٣٣٤٢ - ويكره شركة المسلم للدمى لقول ابن عباس لا تشاركن يهودياً ولا نصرانياً ولا مجوسياً

٣٣٤٣ - قال ابو حمزة : قلت لم ؟ قال لأنهم ربون ، والربا لا يحل

فصل

ما تصح به الشركة

٣٣٤٤ - ولا تصح الشركة الا على الدراهم والدنانير ولا تصح على العروض

٣٣٤٥ - قال ابن ابي ليلى : تصح على العروض ايضاً

٣٣٤٦ - واختلفت الرواية في الفلوس اذ كانت نافقه : فهي في رواية مثل العين الذهب والفضة وفي الاخرى كالعروض لأن الدراهم والدنانير بها تعرف القيمة ويقوم المستهلك

فصل

حكم ما له مثل من العروض

٣٣٤٧ - واما العروض فعلى ضربين : منها ما له مثل وهو المكيل والموزون ، فاذا اشتركا على ذلك وخطاه جاز ذلك

٣٣٤٨ - وروى عن ابي يوسف انه لا يجوز

٣٣٤٩ - ولاصحاب الشافعي وجهان في جواز ذلك لأنها من ذوات الامثال كالذهب والفضة والثاني انها من غير جنس الاثمان كالعروض

فصل

ما لا مثل له من العروض

٣٣٥٠ - والضرب الثاني ما لا مثل له كالحبوان والثياب ، وما له قيمة لا لا تجوز الشركة عليه لأن القيمة تزيد وتنقص فلا يؤمن أن يأخذ احدهما ما لصاحبه

فصل

الخلط

٣٣٥١ - والخلط غير شرط في صحة الشركة في الاثنان عندنا
٣٣٥٢ - وقال الشافعي هو شرط .

فصل

شرط وحدة جنس المالين

٣٣٥٣ - واعتبر الشافعي في صحة العنان ان يكون مال احدهما من جنس مال الآخر وعلى صفته ، فان كان مال احدهما دنانير والآخر دراهم او مال احدهما صحاحاً والآخر قراضة ، او مال احدهما من مسكة ومال الآخر من مسكة اخرى لم تصح الشركة .

فصل

التفاضل في الربح أو المال

٣٣٥٤ - ولا تصح الشركة عنده مع تساوي في المال ، والتفاضل في الربح ولا التفاضل في المال والتساوي في الربح

٣٣٥٥ - وهو قول زفر

٣٣٥٦ - وقال اصحابنا تجوز في هذه الوجوه كلها اذا تساوت القيمة في النقود المختلفة

فصل

الربح والوضيعة

٣٣٥٧ - وقالوا : يكون الربح على ما شرطاه والوضيعة على قدر رأس المال

٣٣٥٨ - وقال الشافعي الجميع على قدر رأس المال

فصل

الوكالة دون الكفالة

٣٣٥٩ - وهي معقودة عندنا على الوكالة دون الكفالة لأنها لا تقتضي التساوي

فصل

مأخذ التسمية

٣٣٦٠ - وهي مأخوذة من عنان الدابة وبهذا فارقت المفاوضة

قول علي في الربح والوضيعة

٣٣٦١ - وروى عن علي بن أبي طالب عليه السلام أنه قال :

الربح على ما شرطاه والوضيعة على رأس المال

٣٣٦٢ - ولأن ما جاز أن يستحق به الربح في المضاربة جاز أن يستحق به في

الشركة كالمال ، ولأن الوكالة تجوز على هذا الوجه فجازت الشركة

ولأنهما مالان كأنهما ربع العشر في جميع الأحوال كالجنس الواحد
والصفة الواحدة . وكونها لا يخلطان لم يمنع ان يكونا من جنس
الاثنان ، وبهذا فارق العروض

فصل

تفاضل المالين

٣٣٦٣ - واختلف اصحاب الشافعي هل تجوز مع تفاضل المالين في القدر ؟

على وجهين

منهم من قال تصح

ومنهم من منع ذلك

٣٣٦٤ - والصحيح قالوا هو الاول ، وهو قولنا لأن المقصود بالشركة حاصل

مع التفاضل في القدر .

فصل

هلاك المالين أو أحدهما

٣٣٦٥ - واذا هلك المالان قبل الخلط أو أحدهما بطلت الشركة (١) لأنه

معقود عليه وقد فات كالمبيع اذا تلف في يد البائع

فصل

ما اشترياه على الشركة

٣٣٦٦ - وان اشترى الو احداهما شيئاً قبل الهلاك على الشركة فهو بينهما ويلزمها

(١) لم يذكر حكم هلاك المالين بعد الخلط وقد ورد ذلك في تحفة

الفقهاء لعلاء الدين السمرقندي

التمن بالخصص لأنها اشترى على الشركة وثبت التمن عليها
جميعاً (١).

فصل

ما لكل شريك من التصرفات

٣٣٦٧ - ولكل واحد ان يتصرف في المال بغير اذن الآخر ، وقال الشافعي
ليس له ذلك

٣٣٦٨ - لأن هذا مقتضى الشركة وعادة التجار ، فحمل الأمر عليه

فصل

السفر بالمال وإيداعه

٣٣٦٩ - ويسافر بالمال ، ويودعه لمن أحب لأن هذا هو العادة

فصل

دفع مال شركة العنان مضاربة

٣٣٧٠ - وهل له ان يدفع ذلك مضاربة الى غيره ؟

قال في الأصل (٢) عن أبي حنيفة يجوز ذلك ، وقال الحسن عنه لا

(١) هنا أيضاً تظهر فكرة اعتبار الشركة شيئاً مستقلاً عن ذمم الشركاء ،

فمع ان الشركة عدت باطلا الا ان العقد الذي عقد لزم الشركاء

لأنها قبل البطلان كانت جرثومه ذمة . وتبدو دقة عبارته ومبدي

دلائلها على ما نقوله في قوله « لأنها اشترى على الشركة » .

(٢) كتاب الاصل لمحمد بن الحسن الشيباني

يجوز بغير اذن شريكه لأن هذا شركة لغيرهما ، والصحيح هو الاول
لأن له ان يساجر من يعمل في المال بأجرة

فصل

شركة الأبدان والضائع

- ٣٣٧١ - والضرب الثالث من الشركة شركة الأبدان والضائع
٣٣٧٢ - فهي جائزة عندنا اتفقت الصفة ام اختلفت
٣٣٧٣ - وقال زفر : ان اشتركا في عمل واحد جاز ، وان كان عملهما مختلفاً
لم يجز كالخياط والقصار والحداد والاسكاف
٣٣٧٤ - وقال الشافعي لا تجوز شركة الأبدان بحال
٣٣٧٥ - لقوله عليه السلام : « المسلمون عند شروطهم » ولأنها (١)
شركة يتعاقدونها الناس فصارت كالعنان
٣٣٧٦ - وقال الشافعي : اذا عملا وكسبا اخذ كل واحد اجرة عمله لأنه
بذل عمله فاختص بها
٣٣٧٧ - وقال في شركة المفاوضة : يأخذ كل واحد منها ربح ماله واجرة
عمله ، وكل واحد منها يضمن ما غصبه وأشتراه دون صاحبه

فصل

شركة الوجوه

- ٣٣٧٨ - والضرب الرابع من الشركة شركة الوجوه ، وهي ان يعقدا الشركة
(١) في نسخة المعهد (لا) رهو غلط كما هو ظاهر من ضبط الكلمة في
نسخة قليج ومن سياق الكلام

على ان يشارك كل واحد منها صاحبه في ربح ما يشتريه بوجهه ،
فهذه شركة جائزة عندنا
٣٣٧٩ - وقال الشافعي باطلا

فصل

انعقادها على الوكالة

٣٣٨٠ - وهي منعقدة على الوكالة فيما يشتريه كل واحد منها لصاحبه وله ،
لأنها نوع شركة يتعامل عليها الناس كالعنان
٣٣٨١ - وقول من قال ان الشركة تبطل اذا هلك المال ، فاذا عقدها مع عدم
المال كان العقد باطلا لا يصح ، لأن الرجل لو وكل رجلا بأن يشتري
له متاعا يمال معين فهلك بطلت الوكالة ، ولو وكله بشراء في الذمة
صحت الوكالة فكذلك ههنا رضي باثبات المال في ذمته

فصل

مأخذ التسمية

٣٣٨٢ - وانما سميت وجوه لأنه لا يشتري بالنسيئة الا من له قول صحيح
ووجه بين الناس

فصل

توزيع الربح

٣٣٨٣ - ويكون الربح بينها على قدر ما دخل في ضمان كل واحد منها لأن
الربح يستحق اما بالمال او العمل او الضمان ، فالمال مجمع عليه في
شركة العنان ، والعمل في المضاربة ، والضمان فقد دل عليه الشرع لما
نهى عن ربح ما لم يضمن وهذا قد ضمن

فصل الاحتطاب والاحتشاش الخ

٣٣٨٤ - ولا تجوز الشركة على الاحتطاب والاحتشاش والاصطياد لأن ذلك مباح لا يملك ، وانما يملك بالحيازة (١) فمن أخذه ملكه ولهذا لو وكل رجلا بأن يصطاد له لم يصح وكان ما يأخذه لنفسه ، ولكل واحد منها ما أخذه من الصيد والحطب والحشيش

فصل احتش أحدهما وأعانه الآخر

٣٣٨٥ - روان احتش أحدهما وأعانه الآخر فهو كله للذي احتش وللآخر أجر مثله لا يجاوز به أجر ما سمي في قول أبي يوسف
٣٣٨٦ - وقال محمد أجر مثله بالغ ما بلغ

فصل مسألة البغل والراوية

٣٣٨٧ - وإذا كان لرجل بغل ولآخر راوية (٢) فاشتركا على أن يسقي الماء ويكون الكسب بينهما لم تصح الشركة ، ويكون الكسب كله للسقاء وعليه اجرة الراوية ان كان البغل له ، وان كانت الراوية له فاجرة البغل عليه .

(١) في عصرنا ينبغي ان تجوز الشركة على الاصطياد في البحار سفن خاصة لان ذلك يستلزم الشركة في العمل ورأس المال ولان العرف جرى به .

(٢) الراوية هي القربة

٣٣٨٨ - لأنها شركة على مباح فلم تصح كالعييد

٣٣٨٩ - وقال اصحاب الشافعي :

واذا اخذ رجل من رجل جملا ومن آخر راوية على ان يسقي الماء ويكون للكسب بينهم فقد قال الشافعي في موضع يجوز ، وقال في موضع آخر لا يجوز ، فمن اصحابه من قال ان كان الماء مملوكا للسقاء فالكسب له ويرجع عليه صاحب الحمل والراوية باجرة المثل ، وان كان الماء مباحا فالكسب بينهم اثلاثا ، لأنه استقى الماء على ان يكون بينهم فكان الكسب بينهم

٣٣٩٠ - ومنهم من قال : ان كان الماء مملوكا للسقاء كان الكسب له ويرجعان عليه بالاجرة ، وان كان مباحا ففيه قولان :

احدهما يكون بينهم اثلاثا لأنه اخذه على ان يكون بينهم فدخل في ملكه كما لو اشترى شيئا منهم باذنهم ، والثاني ان الكسب للسقاء لأنه مباح اختص بميازته ويرجعان عليه بأجر المثل لأنهما لم يبذلا منفعة الجمل والراوية فرجعا باجرة المثل

فصل

الشركة بين صاحب جمل وصاحب بغل

٣٣٩١ - وقد قال اصحابنا : لو ان رجلا له جمل وآخر بغل فاشتركا على

ان يحملا عليها المتاع ، ويكون الكسب بينهما نصفين فالشركة فاسدة ، وما عمل كل واحد منها لنفسه ، وان اختلط قسم على قدر اجرة كل واحد منها مثل المبيعين المختلفين يقسم الثمن عليهما

فصل

٣٣٩٢ - ولو تقبلا الحمل وحملا على الجمل والبغل قسم الأجر بينهما نصفين

لأنهما ضمنا ذلك بالسواء

فصل مشاركة المرتد

٣٢٩٣ - وإيهامات بطلت الشركة ، وكذلك اذا ارتد احدهما ولحق بالدار (١) ، لأن أمره قد بطل فبطلت الشركة

فصل تصرف المرتد

٣٣٩٤ - وهذا قول ابي حنيفة لأن تصرف المرتد موقوف عنده
٣٣٩٥ - وعند ابي يوسف تصرفه تصرف الصحيح ، وعند محمد تصرف المريض
٣٣٩٦ - ولو كان مكان الرجل امرأة فتصرفها جائز لأنها لا تقتل بالردة عندهم جميعاً

فصل الشريك أمين

٢٢٩٧ - والشريك أمين فيما في يده ، فان هلك المال من غيره فعليه فلا ضمان عليه لأنه أمر في الحفظ والتصرف ، وكاد الهالك في يده كالهالك في يد شريكه كالمودع

فصل

القول قول من في ادعاء الهلاك

٢٢٩٨ - وان ادعى الهلاك فالقول قوله لانه إمين كالمودع

(١) اي بدار الحرب

٣٣٩٩ - وقال الشافعي :

ان كان بسبب ظاهر فالقول قوله بغير بينة في السبب ، فاذا اقام
البينة بالسبب فالقول قوله في الهلاك

٣٤٠٠ - وان كان بسبب غير ظاهر فالقول قوله مع يمينه ، لأنه يتعذر
اقامة البينة على الهلاك فكان القول قوله مع يمينه

فصل

ادعاء الخيانة

٣٤٠١ - واذا ادعى احدهما على آخر خيانة فأنكر شريكه فالقول قوله لأن
لأن الأصل عدم الخيانة .

فصل

قرينة اليد

٣٤٠٢ - وان كان في يده عين فادعى شريكه بان ذلك من مال الشركة ،
وادعى هو انه له فالقول قوله مع يمينه لان من في يده شيء فالظاهر
انه له (١) .

فصل

القول لمن فيها اشتراه الشريك

٣٤٤٣ - وان اشترى شيئاً فيه ربح وادعى الشريك انه اشتراه للشركة ،

(١) هذه القاعدة الى التي صاغها الفقه الاسلامي ادق من قاعدة الحيازة في
المنقول سند الملكية في القوانين المدنية الوضعية لانها اشمل وابعد عن
التماس المخرج بافتراض السند .

وقال الذي في يديه : انما اشتريته لنفسي او اشترى شيئاً فيه خسارة فادعى الشريك انه اشتراه لنفسه وقال هو انما اشتريته للشركة فالقول قوله مع يمينه لأنه اعترف بعقله ونيته .

فصل

الشركة عقد غير لازم

٣٤٠٤ - والشركة عقد جائز غير لازم وايها فسخ الشركة انفسخ بينهما جميعاً .

فصل

اشترى جارية للوطء بإذن

٣٤٠٥ - واذا اشترى احد المتفاوضين جارية لوطئها باذن شريكه جاز ، واذا ادى الثمن من مال الشركة يكون شريكه متطوعاً في نصيبه ولا يرجع بشيء عليه في قول ابي حنيفة ، وعندهما لشريكه ان يرجع عليه بنصف الثمن ، ويكون اذن الشريك على وجه القرض

فصل

رجوعه بنصف ثمن الطعام

٣٤٠٦ - وانفقوا انه يرجع في الطعام إذا اشتراه لعياله بنصف الثمن ، ذكره في الجامع الصغير .

فصل

تأخير الدين

٣٤٠٧ - والدين اذا كانا لمتفاوضين فأخر احدهما الدين تأخر في حقه وحق شريكه سواء اقال له اعمل برأيك او لم يقل ، وفي شركة الغنان اذا أخر ان قال احدهما لصاحبه اعمل برأيك فهو مثل المتفاوضة يجوز تأخيرها في الكل ، وان لم يقل كل واحد منهما لصاحبه اعمل فيه برأيك فاذا كان هو الذي تولى العقد جاز تأخيرها في الكل ، وان كان صاحبه تولى العقد أو كلاهما لم يجوز تأخيرها في نصيبه ولا نصيب شريكه عند أبي حنيفة وعند محمد يجوز في نصيبه ولا يجوز في نصيب شريكه ويضمن حصصة شريكه في قول أبي حنيفة ومحمد ولا يجوز في قول أبي يوسف ، وهو مثل اختلاف الوكيل اذا حط أو أبرأه أو أخره .

٣٤٠٨ - ولو كان تولى العقد احدهما او كلاهما فان في قول أبي حنيفة لا يجوز في شيء وفي قولها يجوز في نصيبه خاصة .

فصل

الآثار المروية في المضاربة

٣٤٠٩ - ومسائل الشركة كثيرة وفيها كل عجب واذا قد ذكرنا شركة المال من الطرفين وجب ذكر شركة المال من احدهما .

كتاب المضاربة

وهذا كتاب المضاربة

المضاربة والقراض

٣٤١٠- ترجم اصحابنا هذا الكتاب بالمضاربة وقال اهل الحجاز يترجم بالقراض ، والضرب مشتق من الضرب في الأرض .

فصل

الآثار الواردة في المضاربة

٣٤١١- وقد روى عن عائشة رحمها الله أنها دفعت مال إيتام عندها مضاربة

٣٤١٢- وكان العباس رحمه الله اذا دفع الى رجل مالا مضاربة شرط عليه ان لا يسافر به في بر ولا بحر ولا ينزل به وادياً ولا يشتري به ذات كبد رطبة ، وان فعل شيئاً من ذلك فضمن فبلغ النبي صلى الله عليه وسلم ذلك فاجازه (١) .

(١) هذا مثال لتعامل العرب في الجاهلية في التجارة وما كانوا يشترطونه من شروط في عقد المضاربة وقد كان اقتران العقد بالشرط جائزاً في اعرافهم فقد جاء في كتاب انساب الاشراف للبلاذري (قول الافعى الجرمي) احد محكمي العرب في الجاهلية «الشرط املك» وكان قوله هذا بصدد عقد زواج اقترن باكثر من شرط

فصل أحكام المضاربة

٣٤١٣ - وعقد المضاربة له أحكام : فقبل التصرف فيه يكون المال أمانة كالوديعة لأنه قبض بأذن صاحبه لا على وجه التملك والوثيقة .

فصل

٣٤١٤ - وإذا اشترى به فهو وكالة لأنه تصرف في مال غيره بأذنه وإذا ربح صار شريكاً لأنه ملك جزءاً من المال

فصل المضاربة الفاسدة

٣٤١٥ - وإذا فسد العقد صار اجارة لأن الواجب اجر المثل وهذا يجب في الاجارة .

فصل مخالفة العامل

٣٤١٦ - وإذا خالف صار غاصباً لأنه يتصرف في مال غيره بغير اذنه

فصل عقد على مال وعمل

٣٤١٧ - وهي عقد على مال من أحد الجانبين وعلى عمل من الجانب الآخر ، وبهذا خالفت الشركة

فصل

شرط الربح

٣٤١٨ - ولا بد من شرط الربح فيها ، لأنه ان شرط الربح لرب المال كان ذلك بضاعة وان شرط للعامل كان قرصاً

٣٤١٩ - وقال الشافعي يكون مضاربة فاسدة ، فالتملك ينعقد به البيع والهبة

فصل

في العروض

٣٤٢٠ - ولا تنعقد على العروض

٣٤٢١ - وبه قال الشافعي

٣٤٢٢ - وقال ابن أبي ليلى تنعقد

٣٤٢٣ - لأن القيمة مختلفة فيؤدي الى أخذ جزء من رأس المال ونصيب العامل

فصل

مال معلوم

٣٤٢٤ - ولا تجوز الا على مال معلوم الوزن والقدر والصفة .

٣٤٢٥ - فإن قارضه على دراهم جزفاً لم يصح لأنه يقتضي رد رأس المال فاذا كان مجهولاً لا يلزم ما يرد فبطل العقد

فصل

دفع إليه كيسين أحدهما مضاربة والآخر وديعة

٣٤٢٦- واختلف فيه اذا دفع اليه كيسين في كل واحد الف درهم فقال
اعمل باحدهما مضاربة والآخر وديعة عندك .
فنههم من قال يصح لأنها متساويان معلومان ، ومنهم من قال لا
يصح لأنه لم يبين مال المضاربة من الوديعة

فصل

المضاربة في مال الوديعة

٣٤٢٧- وإذا كان عند رجل وديعة فقال له المالك اعمل بها مضاربة جاز
لأن المال بيده معلوم العدد والصفة .

فصل

المضاربة في المغصوب

٣٤٢٨- وان كانت الالف مغصوبة عنده فنهم من قال تصح المضاربة
كالوديعة ، ومنهم من قال لا تصح لأنه مقبوض قبض ضمان
فلا يصير مقبوضاً قبض أمانه ، والاول عندنا اصح

فصل

على جزء من الربح معلوم

٣٤٢٩- ولا تصح الا على جزء من الربح معلوم ، فإن كان غير معلوم لم تصح
لأنه يقع على القليل والكثير

فصل

عند عدم اشتراط الربح

٣٤٣٠ - واذا لم يشترط الربح لم يكن العقد مضاربة بل بضاعة او قرضاً .

فصل

بالدراهم المغشوشة

٣٤٣١ - وتصح بالدراهم المغشوشة لأن التعامل يصح بها كالجياذ

٣٤٣٢ - وقال الشافعي لا تصح لأنها مغشوشة كما لو كان الغش اكثر

فصل

المضاربة بثمن الثوب

٣٤٣٣ - وان اعطاه ثوباً وقال له بعه واعمل بثمنه مضاربة جاز

٣٤٣٤ - وقال الشافعي لا يجوز

٣٤٣٥ - لأنه وكله ببيع الثوب وان يشتري بثمنه غيره فجاز كالوكيل

فصل

شيوخ الربح

٣٤٣٦ - ولا يجوز حتى يكون الربح بينهما مشاعاً فان سمي لاحدهما دراهم

مسماة لم يجز ، لأنه يجوز ان لا يربح غير ذلك فيؤدي الى ان ينفرد

احدهما بالربح كله

فصل

الشروط الفاسدة

٣٤٣٧ - والشروط الفاسدة التي تؤدي الى جهالة الربح تفسد المضاربة ، لأن الربح هو المعقود عليه ، وجهالة المعقود عليه توجب الفساد

فصل

شرط الوضعية

٣٤٣٨ - وما لا يؤدي الى جهالة الربح كشرط الوضعية ان يكون عليهما لا يمنع الصحة ويكون على رب المال ، لأن من شرط الوضعية ان يكون على رب المال فلا تلزم غيره

فصل

استحقاق العامل الربح

٣٤٣٩ - ولا يستحق العامل الربح الا بالشرط لأن رب المال يستحق الربح لأنه ناء ماله ، فلا يفتقر الى شرط ، ولهذا اذا فسدت كان جميع الربح له

٣٤٤٠ - والمضارب لا يستحق الا في مقابلة عمله ، وذلك لا يتقوم الا بالعقد

فصل

مقدار حصة العامل

٣٤٤١ - واي جزء شرط للعامل من النصف والثلث وما زاد ونقص جاز

لأنه يستحقه بالشرط ، فلا فرق بين القليل والكثير

فصل

الربح بيننا

٣٤٤٢ - وان قال رب المال على ان يكون الربح بيننا : فمنهم من قال لا يصح لأنه مجهول لأنه يقع على التساوي والتفاضل ، ومنهم من قال يصح ، وهو الصحيح لأن الاضافه تقتضي التساوي كما لو (قال) هذه الدار لزيد ولعمرو

فصل

لي نصف الربح

٣٤٤٣ - ولو قال على ان لي نصف الربح ، اعني رب المال ، فالقياس ان لا يصح لأنه ذكر حقه وسكت عن الباقي ، وهو يستحقه مع السكوت فلم يصح ، والاستحسان ان يصح ويكون بينهما نصفين ، لأن الربح بينهما

٣٤٤٤ - فاذا ذكر نصيب نفسه حمل الباقي على انه للشريك كما قال تعالى : « وورثه ابواه فلامه الثلث » دل على ان الباقي للاب .

٣٤٤٥ - ولاصحاب الشافعي وجهان : احجهما انه لا يصح لأن الربح كله لرب المال ، ولم يذكر العامل

فصل

لك النصف

٣٤٤٦- وان قال على ان لك النصف صح عندنا لأن مال رب المال لا يحتاج الى شرط ، وانما يحتاج العامل الى ذلك ، والباقي يبقى على رب المال ، وهذا هو الصحيح عند اصحاب الشافعي
٣٤٤٧- ومنهم من قال لا يصح لأنه لم يبين ما لرب المال

فصل

لك النصف ولي الثلث

٣٤٤٨- وعلى هذا الأصل لو قال : لك النصف ولي الثلث وسكت عن السدس كان لرب المال لأنه ثبت الجميع له مع السكوت

فصل

فضل الله بيننا

٣٤٤٩- ولو دفع المال وقال :

اشتر به فما كان من فضل الله فهو بيننا ، فإن ذلك مضاربة استحساناً ، لأن الفضل لا يحصل الا بالبيع ، والقياس ان لا يكون مضاربة لأنه لم يذكر البيع والشراء

فصل

تسلم مال المضاربة

٣٤٥٠- ولا بد من تسليم المال الى المضارب ، وزوال يد رب المال عنه ، لأنه

أمانة فلا يتم بغير قبض كالوديعة ، وبهذا فارقت الركة

فصل

المضاربة المطلقة والمقيدة

٣٤٥١ - وتجوز المضاربة مطلقة ومقيدة بمدة معينة

٣٤٥٢ - ومن اصحاب الشافعي من قال :

لا تجوز بشرط المدة فيه لأنه تجوز مطلقاً فلا تجوز مؤقتاً كالنكاح
والبيع .

٣٤٥٣ - ومنهم من قال انه عقد الي مدة على ان لا يبيع بعدها لم يصح لأن
العامل يستحق البيع لأجل الربح ، وان عقدها على مدة على ان لا
يشترى بعدها صح ، لأنه يملك البيع بعدها

فصل

التعميم والتخصيص في المضاربة

٣٤٥٤ - ويجوز عندنا ان يعم بها سائر التجارات وسائر الاشخاص ، ويجوز
ان يخصها بنوع دون نوع ، وان يشترى من رجل بعينه ، وبأن لا
يبيع الا في سوق بعينه

٣٤٥٥ - وقال الشافعي لا تصح الا على التجارة من جنس يعم ، كالثياب
والطعام والفاكهه في وقتها ، فان عقدها على ما لا يعم كالياقوت
الاحمر والحيل البلق ، والتجارة في سلعة بعينها لم يصح

٣٤٥٦ - لأن الوكالة تصح على هذا الوجه فكذلك المضاربة كما لو عمم

فصل

ما يتولاه العامل

٣٤٥٧ - وعلى العامل ان يتولى ما جرت العادة به كالنشر والطى والايجاب والقبول ووزن الثمن وما خف كالعود والمسك لان العادة جرت بذلك بين التجار

فصل

التقاضي

٣٤٥٨ - وان سرق المال منه او غصب فله ان يخاصم فيه للغاصب والشارق لأن التجارة تقتضي حفظ المال
٣٤٥٩ - وهو احد الوجهين لاصحاب الشافعي ومنهم من قال ليس له الخصومة لأنها معقودة على التجارة فلا تدخل فيها الخصومة

فصل

دفع المضارب المال مضاربة

٣٤٦٠ - وليس له ان يدفع المال مضاربة الا ان يقول له اعمل برأيك ، فان فعل ضمن وهو قول الشافعي وقولنا

فصل

الخلاف في كتاب المضاربة

٣٤٦١ - والخلاف في كتاب المضاربة عند اصحابنا يتفرع على اربع مسائل

٣٤٦٢ - احدهما ان رجلا لو دفع الى آخر . مضاربة بالنصف ثم زاده سدس الربح فان كان ذلك قبل القسمة جازت الزيادة والخط في قولهم جميعا ، وان كان بعد القسمة تجوز الزيادة والخط في قول الى يوسف .

وعند محمد يجوز الخط ولا تجوز الزيادة .

فصل

حساب الهالك من الربح

٣٤٦٣ - والثانية ان يدفع الفأ مضاربة فعمل بها من ربح الفأ ، ثم دفع اليه الفأ اخرى بالثلث وأمره ان يعمل فيها برأيه ، فخلط خمسمائة من الألف الثاني بالاول فصارت الفين وخمسمائة ، فهلك من الجملة الف فابو يوسف يجعل الهالك كله من الربح ، ويقال هو قول ابي حنيفة .

٣٤٦٤ - وقال محمد يهلك من المالين جميعا اربعة اخماسه من الاول وخمسه من الباقي قياسا على ما قالوا في كتاب الايمان اذا اطعم عشرة مساكين صاعا جاز في قول محمد ويجعل بمنزلة كفارتين مختلفتين ، وابو حنيفة وابو يوسف يجعلان ذلك بمنزلة كفارة واحدة .

فصل

٣٤٦٥ - والثالثة اذا استأجر اجيراً ثم دفع الى الاجير الف درهم مضاربة في قول محمد جازت المضاربة والربح على ما شرطاه ، ويرجع الآخر بمقدار ما عمل من المضاربة .

فصل

٣٤٦٦- والرابعة ان رجلا لو دفع الى رجل ألفاً مضاربة ، فاشترى بالالف ثيابا ثم استقرض مائة درهم ثم اكترى بها بغالا تحمل الثياب ، ثم اراد ان يبيعها مراحمة قال في الكتاب يبيعها مراحمة على الف ومائة ، وحصة الهالك للمضارب ، وقيل هو قول ابي حنيفة ، وعندهما لا يبيع الا بالف والمضارب منطوع

فصل

اشترى من يعتق عليه

٣٤٦٧- واذا اشترى المضارب من يعتق عليه صح الشراء ، واذا ظهر في المال ربح عتق عليه .
ومن اصحاب الشافعي من قال لا يصح الشراء ولا يعتق لانه لا يملك بظهور الربح في احد القولين :

فصل

اشترى زوج المرأة

٣٤٦٨- ولو اشترى زوج المرأة صح الشراء وبطل النكاح وقال الشافعي لا يصح الشراء لانه يضر رب المال .
وكذلك المأذون اذا اشترى الى مولاه جاز ، وعتق عليه ان لم يكن عليه دين خلافة لا يصح

فصل

ضياع المال في المضاربة الفاسدة

٣٤٦٩ - وحكى الطحاوى في المختصر (١) ان المال اذا ضاع في المضاربة الفاسدة فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة ، وقالوا عليه الضمان .

٣٤٧٠ - لانه قبض على وجه الامانة

فصل

السفر بمال المضاربة

٣٤٧١ - وقال في المختصر ايضاً

وللعامل ان يسافر بمال المضاربة حيث شاء من بر وبحر رواه محمد عن ابي يوسف عن ابي حنيفة (٢) .

٣٤٧٢ - وروى اصحاب الامالي عن ابي يوسف عنه ، انه ليس له ان يسافر به .

(١) عبارة الطحاوى في مختصره (ص ١٢٥) هي : والمضارب في المضاربة الفاسدة كالاجير فيها ، وان ضاع منه المال وهو على ذلك ، ولا ضمان عليه في قول ابي حنيفة ، وبه نأخذ ، وعليه الضمان في قول ابي يوسف ومحمد .

(٢) وفي المختصر المذكور بعد ما تقدم : « قال : وهو قول ابي يوسف وقولنا ، وبه نأخذ .

٣٤٧٣ - وقال أبو يوسف من رأيه (١) له ان يسافر به نحو (٢) قطربل (٣) من بغداد .

٣٤٧٤ - واذا خالف وضمن وربح يتصدق بالربح عند ابي حنيفة .

(١) الضمير يعود الى ابي حنيفة

(٢) في عبارة مختصر الطحاوي (ص ١٢٥) « وقال أبو يوسف من رأيه ان يسافر به الى الموضع الذي يقدر على الرجوع منه الى أهله فيبيت فيهم كنحو قطربل من بغداد .

(٣) جاء في معجم البلدان لياقوت الحموي (مجلد ٤ ص ٣٧١) ان « قطربل (بالضم ثم السكون ثم فتح الراء وباء موحد مشددة مضمومة ولام ، وقد روى بفتح اوله وطائه ، ، واما الباء فمشددة مضمومة في الروايتين) وهي كلمة اعجمية اسم قرية بين بغداد وعكبرا » . وعلق صفي الدين عبدالمؤمن بن عبدالحق البغدادي مصنف كتاب مراصد الاطلاع على اسماء الاماكن والبقاع وهو مختصر معجم البلدان لياقوت (ص ١١٠٦) بقوله :

« قلت : بين بغداد والمرزقة ، لأن عكبرا من الجانب الشرقي وهي في الغربي وبينهما غراسخ ، وجاء في المرجع الاول ان قطربل « ينسب اليها الخمر ، وما زالت متترها للبطلان وحنانة للخمارين ، وقد اكثر الشعراء من ذكرها ، وقيل هو اسم لطسوج من طساسيج بغداد ، اي كورة ، فما كان من شرقي الصراة فهو بادوريا وما كان من غربيها فهو قطربل ... ومقابل مدينة آمد بدينار بكر قرية يقال لها قطربل ، تباع فيها الخمر ايضاً » .

٣٤٧٥- وقال ابو يوسف ومجد لا يتصدق به لأنه يضمته .

فصل

أجر مثل العامل في المضاربة الفاسدة

٣٤٧٦- وللعامل في المضاربة الفاسدة أجر مثله وان لم يربح ، ومنهم من قال لا شيء له اذا لم يربح ، لأن عمله مشروط في الربح .

فصل

نفقة العامل في المضاربة إذا سافر بها

٣٤٧٧- وإذا اذن له في السفر عند الشافعي او بغير اذن عندنا في رواية الجواز ، فنفقته في مال المضاربة عندنا

٣٤٧٨- وللشافعي قولان أحدهما مثل قولنا والثاني لا نفقة له

٣٤٧٩- وفي كيفية النفقة وجهان :

أحدهما جميع النفقة

والثاني ما زاد على نفقة الإقامة لأن ذلك لزمه لأجل السفر

فصل

اختلافهما في التلف والخيانة

٣٤٨٠- وإذا اختلفا في تلف المال او الخيانة فالقول قول العامل لأنه أمين فكان القول قوله .

فصل

اختلافهما في رد المال

- ٣٤٨١ - وإذا اختلفا في رد المال فادعا العامل الرد وانكره رب المال فالقول قول العامل لأنه أمين
- ٣٤٨٢ - ولا أصحاب الشافعي وجهان أحدهما هذا والثاني لا يقبل لأنه قبض لمنفعة نفسه.

فصل

اختلافهما في السهم المشروط

- ٣٤٨٣ - وإن اختلفا في قدر السهم المشروط ، فادعى العامل النصف ، وقال رب المال الثلث ، فالقول قول رب المال عند أصحابنا الثلاثة ، لأنه لو انكر الربح رأسا كان القول قوله ، فكذلك قدره
- ٣٤٨٤ - وقال زفر القول قول العامل لأنها اتفقا على أنه يستحق المضاربة ، وظاهر الحال التساوي فكان القول قوله
- ٣٤٨٥ - وقال الشافعي يتحالفان لأنها اختلفا في عوض مشروط في العقد فتحالفا كالمشايخين

فصل

اختلافهما في قدر رأس المال

- ٣٤٨٦ - ولو اختلفا في قدر رأس المال فقال رب المال هو الفان ولك ثلث

الربح ، وقال العامل بل الف وشرطه لي النصف وفي يد المضارب
الفان فالقول قول رب المال في شرط الربح ، والقول قول
المضارب في قدر رأس المال

٣٤٨٧ - وقال زفر القول قول رب المال في الوجهين

٣٤٨٨ - وقد قال ابو حنيفة اولا بان القول قول القابض فيها قبض لأنه لو
انكر القبض رأساً كان القول قوله ، فكذا اذا أقر بقبض شيء ،
وزفر يقول الربح مستفاد من أصل رأس المال .

٣٤٨٩ - ولو اتفقا ان جملة المال مضاربة ، وادعى العامل في المضاربة
استحقاقاً منها ، ونفاه المالك ، فالقول قوله ، وفرقوا بين هذا وبين
قوله بعض هذين الالفين لي خلطته بها او بضاعة في يدي ،
لأنهما لم يتفقا ان الجميع من مال المضاربة ولم يعترف لرب المال
الا بهذا القدر فكان القول قوله

٣٤٩٠ - وقال الشافعي : ان لم يكن في المال ربح فالقول قول العامل لأن
الاصل علم القبض ، وان كان فيه ربح ففيه وجهان : احدهما ان
القول قول العامل لما ذكرناه والثاني يتحالفان لأنها اختلفا فيما
يستحقان من الربح

فصل

٣٤٩١ - وان كان في المال عبد فقال رب المال اشتريته للمضاربة ، وقال
العامل اشتريته لنفسي ، او قال رب المال اشتريته لنفسك ، وقال
العامل للمضاربة فالقول قول العامل لأنه أمين فيما يخبر به

٣٤٩٢- وان اقاما جميعاً بينة فالبينة بينة رب المال ان ادعاه للمضاربة
٣٤٩٣- ومن اصحاب الشافعي من قال لا يحكم ببينة رب المال لأنه يجوز
ان يشتري لنفسه بهال المضاربة على وجه التمدي فلا تكون للمضاربة

فصل

اختلافهما في تعيين البلد

٣٤٩٤- وان اختلفا : فقال : أمرتك بأن تشتري الحنطة خاصة ، وقال
العامل لم تخص شيئاً فالقول قول العامل لأنه يدعي مطلق الأذن
والتصرف ، والأصل العموم .

٣٤٩٥- وان اتفقا على الخصوص : فقال احدهما امرتك بالبر ، وقال الآخر
بالطعام فالقول قول رب المال عند أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد .
٣٤٩٦- وقال زفر القول قول رب المال في الفصلين جميعاً ، لان الاذن
يستفاد من جهته ، فكان القول قوله

فصل

٣٤٩٧- وان كان في المال عبد فقال رب المال نهيتك عن شرائه ، وانكر
العامل ، فالقول قول العامل لأنه دعوى خيانة عليه . فكان القول
قوله فيما قال

فصل

اختلافهما في العموم والخصوص

٣٤٩٨- ولو اختلفا فقال : امرتك ان تعمل به في بلد كذا ، وقال العامل

بل لم تعين لي بلداً فالقول قول العامل على الرواية التي تقول له السفر
بالمال بمطلق المقد

٣٤٩٩ - وعند زفر القول قول رب المال في ذلك

فصل

بطلان المضاربة بالموت

٣٥٠٠ - وهي عقد غير لازم وتبطل بموت كل واحد منهما ، وليس لرب
المال ان يعزل العامل بغير علمه ، كما ليس له ان يعزل الوكيل
٣٥٠١ - خلاف الشافعي له ذلك .

فصل

بيع ما اشتراه من رب المال

٣٥٠٢ - واذا اشترى المضارب شيئاً فباعه من رب المال ، او رب المال باع
المضارب شيئاً فالبيع جائز لان الملك له ،

٣٥٠٣ - وقال زفر البيع باطل لانه يصير مشترياً لماله بما له

فصل

٣٥٠٤ - ولو ان المضارب دفع مال المضاربة الى غريم مضاربة بغير اذن
رب المال ، فهلك المال في يديه قبل ان يعمل فلا ضمان عليه

٣٥٠٥ - وقال زفر يضمن

٣٥٠٦- وعن أبي حنيفة انه قال (لا يضمن (١) ، وان هلك بعد العمل ما لم يربح فيه

فصل

ادعاء العامل الغلط فيما أقربه من ربح

٣٥٠٧- واذا قال المضارب ربحت الفأ ، وادعى انه غلط فيه ، او اظهر ذلك خوفاً من نزع المال من يده لم يقبل منه لان هذا رجوع عن اقراره بالغيره فلم يقبل في حصة الآخر

٣٥٠٨- والمضاربة من امهات الكتب ولا يمكن ذكر كل مسائلها (٢) واذا قد ذكرنا المضاربة وكان المأذون يتصرف عن الغير ، ويشبه المضارب وجب ذكره

× × ×

(١) في النسخين بهمتين والسياق ما اثبتاه ؟

(٢) كانت هذه العبارة واردة بعد الفصل المعنون ببطلان المضاربة بالموت وقد نقلناها الى هذا الموضع لمناسبة ذكرها ههنا بعد ختام بحث المضاربة

كتاب المأذون له في التجارة

جواز الإذن للعبد في التجارة

٣٥٠٩ - اعلم ان الاذن للعبد العاقل في التجارة جائز ، والاصل فيه ان العباس رضى الله عنه كان له عشره اعبد مع كل عبد عشرة الآف يتجرون له (١)

٣٥١٠ - وقد روى عنه عليه السلام انه كان يقبل دعوة المملوك ، ولا يجوز ان يجيب دعوة المحجور عليه فينبغي ان تكون دعوة المأذون

فصل

جواز الإذن للعبد البالغ والصبي العاقل

٣٥١١ - ويصح الاذن للبالغ من العبد ، ومن يعقل من الصبيان .
٣٥١٢ - وقال الشافعي لا يصح الاذن للصبي في التجارة لان قوله يقبل في التجارة
٣٥١٣ - لان قوله يقبل في الهدية والاذن في دخول الدار فصح الاذن له كالبالغ وعكسه المجنون

فصل

الإذن العام

٣٥١٤ - ويجوز الاذن له على العموم وفي سائر التجارات ، وهو فك للحجر عندنا لانه يتصرف لنفسه ولا يرجع على مولاه فيما يلزمه ، وهو (١) هذا معناه ان نظام الاذن للعبد في التجارة يرقى الى اعراف المسرب قبل الاسلام .

مخالف للمصارب والوكيل في التصرف ، لانها رجعتان على الأمر ، وهذا لا خلاف فيه

فصل

الإذن في نوع من التجارة أو في زمان معين

٣٥١٥ - وإذا اذن له في نوع من التجارة فهو مأذون له في كل نوع

٣٥١٦ - وقال زفر يختص تصرفه بما اذن له فيه ، وهو قول الشافعي

٣٥١٧ - وكذلك الخلاف اذا اذن له في زمان بعينه فهو مأذون في جميع الازمان والاماكن

٣٥١٨ - خلافها يصير محجوزاً عليه بعد المدة .

٣٥١٩ - لأنه فك حجره اذن .

فصل

هل للمأذون له دعوة التجار؟

٣٥٢٠ - وإذا رآه يبيع ويشترى ولم ينكر عليه فهو مأذون له عندنا .

٣٥٢١ - خلاف زفر والشافعي .

٣٥٢٢ - وهو القياس ، لأن السكوت لا يدل على الاذن ، وإنما جعلناه اذناً

لأن تصرف العبد لا يحتاج الى اذن ، بل يحتاج الى امساك المولى عنه ، والاذن امر زائد على الامساك لأنه يتصرف لنفسه .

فصل

إجارته نفسه

٣٥٢٣ - ويصح أن يؤجر نفسه عندنا ، ولا يجوز عند الشافعي .

٣٥٢٤ - لأنه استفاد التصرف بأذن المولى كالمكاتب .

٣٥٢٥ - ويتخذ الدعوة للتجار

٣٥٢٦ - خلاف الشافعي لا يجوز

٣٥٢٧ - لأن العادة جارية بذلك للتجار .

فصل

إباق المأذون

٣٥٢٨ - وإذا ابق المأذون صار محجوراً عليه عندنا

٣٥٢٩ - خلاف الشافعي

٣٥٣٠ - لأنه امتنع تصرف المولى فيه ، وصار في يد نفسه فبطل الاذن .

فصل

شراؤه في الذمة بغير إذن

٣٥٣١ - ويجوز أن يأذن المأذون لعبده

٣٥٣٢ - وقالوا في المضاربة يجوز ان يأذن لعبده المضاربة .

٣٥٣٣ - وروى هشام عن محمد انه لا يجوز لأنه دون تصرف المأذون فلا يصح اذنه .

فصل

٣٥٣٥ - ولا يجوز أن يتجر بغير إذن المولى لأن منافعه مستحقة له فلا يملك التصرف فيها .

فصل

رد المبيع

٣٥٣٦ - وإذا اشترى شيئاً في الذمة بغير إذن وقف على اجازة المولى ، لأنه عقد معاوضة فلا يصح بغير إذن مولاه كالنكاح

٣٥٣٧ - وقال بعض اصحاب الشافعي يصح .

٣٥٣٨ - لأنه محجور عليه لحق غيره فصح شراؤه في الذمة كالمفلس .

٣٥٣٩ - ومن اصحابه من قال : يصح الشراء ويدخل في ملك المولى لأنه كسب للعبد ، فكان للمولى كما لو اختس .

٣٥٤٠ - قالوا ويثبت الثمن في ذمته ، فان علم البائع طالب بعد العتق ، لأنه رضى بذمته وان كان لا يعلم فهو بالخيار بين ان يصبر وبين ان يفسخ .

فصل

تصرفات الصبي المحجور

٣٥٤١ - ويجب رد المبيع عندنا ، وعند من قال لا يصح منهم لأنه مقبوض عن بيع فاسد .

فصل

صلاحية المأذون في التصرف

٣٥٤٢ - ويبيع بالنقد والنسيئة وفي الحضر والسفر لأنه فك للحجر .

٣٥٤٣ - خلاف الشافعي لا يملك شيئاً من ذلك .

فصل

شراؤه من يعتق على مولاه

٣٥٤٤ - وإذا اشترى من يعتق على مولاه صح شراؤه ، ويعتق عليه ، ان

لم يكن عليه دين ، عند أبي حنيفة .

٣٥٤٥ - وللشافعي قولان في صحة الشراء .

فصل

إذن الأب والوصي للصبي

٣٥٤٦ - وإذن الأب والوصي للصبي جائز ويملك التصرف في التجارات

كلها ، وله ان يبيع ما ورثه من أبيه في رواية .

٣٥٤٧ - وروى عن أبي حنيفة انه لا يجوز له إلا فيما يكون من تجارته

ومادخل تحت الاذن وقال الشافعي لا يصح .

فصل

تصرفات الصبي المحجور

٣٥٤٨ - وإذا باع للصبي المحجور عليه شيئاً او اشتراه او تزوج او فعل ذلك غيره

له فكبر الصبي واجاز جاز باجازه .

٣٥٤٩ - وقال زفر لا يجوز باجازه ، وهو قول الشافعي .

٣٥٥٠ - واتفق الجميع على انه لو وهب او اعتق او طلق فأدرك واجاز ،
لم يجوز .

فصل

قول المولى : بايعوا عبدي

٣٥٥١ - واذا قال المولى لقوم :

بايعوا عبدي فلانا فبايعوه ، والعبد لا يعلم بالاذن صار مأذوناً له ،
وقال في الزيادات لو اذن الأب والصبي لا يعلم لا يصير مأذوناً فن
اصحابنا من قال في المسألة روايتان ومنهم من قال : الفرق وقع
لوضع المسألة ، ولا يصير المأذون محجوراً عليه حتى يعلم بالحجر
وهو على اذنه .

٣٥٥٢ - ولو ارسل اليه المولى رسولا صار محجوراً عليه ، عدلاً كان او غير
عدل ، في قولهم جميعاً .

٣٥٥٣ - وان اخبره انسان بغير رسالة ، فان كان عدلاً صار محجوراً
عليه ، وعندنا من اخبره بذلك من صبي او امرأة او عبد ، صار
محجوراً عليه .

٣٥٥٤ - وروى الحسن عن ابي حنيفة انه قال : ما لم يخبره رجلان او رجل
وامرأتان لا يصير محجوراً عليه .

والخلاف في الوكيل مثل ذلك

فصل

تكييف التدبير والاستيلاء

٣٥٥٥ - وتدبير الأمة ليس بحجر والاستيلاء لها حجر

٣٥٥٦ - خلاف زفر ، وهو القياس

فصل

٣٥٥٧ - وإذا كان الخيار للمشتري فاذن للعبد في المدة فهو اختيار للبيع وبطل الخيار

٣٥٥٨ - وإن الخيار للبائع فاذن له في التجارة بغير محض (١) من المشتري لم يكن ذلك نقضاً للبيع ما لم يلحقه الدين عند أبي حنيفة ومحمد

٣٥٥٩ - وقال أبو يوسف يعبر ناقضاً للبيع

فصل

حق الغرماء على زيادة مال المأذون

٣٥٦٠ - والمأذون إذا وهب له هبة أو تصدق عليه بصدقه أو كانت أمة فولدت فالغرماء أحق بذلك عند أبي حنيفة وصاحبيه

(١) كذا أيضاً في نسختي منيخ وقلبيج

٣٥٦١ - وقال زفر : لاحق للغرماء في ذلك لأنه ليس من تجارته

فصل

٣٥٦٢ - والمأذون اذا كان لرجلين فادانه (١) أحد المولين مائة درهم ، واجني مائة درهم، ثم بيع العبد (بائة) او مات او ترك مائة قسم ذلك بينها اثلاثاً : الثلث للمولى والثلثان للاجني عند ابي حنيفة ، وقال ابو يوسف ومجد : يقسم الثمن ارباعاً للاجني ثلاثة ارباع والمولى الذي ادانه الربع

٣٥٦٣ - ونظير المسألة المدبر اذا قتل رجلاً عمداً وآخر خطأ فعفى ولي الدم قسم ثمن المدبر على هذا الخلاف

٣٥٦٤ - وهذه ثمان مسائل ذكرها قاضي القضاة في درس الجامع الكبير عليه مما اتفقوا عليه ومما اختلفوا فيه ومنها ما اعطى ابو حنيفة رضي الله تعالى عنه فيها الثلث وهما الربع وهو ما ذكرناه

٣٥٦٥ - ومنها ما اعطى ابو حنيفة رضي الله تعالى عنه الربع وهما ثلاثة ارباع وهي مسألة الدعوى اذا ادعى احدهما جميع الدار والآخر النصف وهي في يد ثالث ، قال ابو حنيفة رحمه الله لصاحب النصف الربع ولصاحب الجميع ثلاثة ارباع الدار ، وقسمهما ذلك على الدعوى لصاحب النصف الثلث وللآخر الثلثان ، ومن ذلك الوصية بجميع المال ولآخر بنصفه فان اجاز الورثة ، كان لصاحب الجميع

(١) في نسخة منيخ : فا عطاءه

(٢) ما بين قوسين من نسخة منيخ

ثلاثة ارباع عند ابي حنيفة رضى الله عنه والربع لصاحب النصف ،
وان ردوا لم يضرب احدهما بها زاد على الثلث عنده وقسم الثلث
عليها نصفين

٣٥٦٦ - وقالوا الشافعي يقسم على ثلاثة ويضرب كل واحد بجميع ما
اوصى له به

٣٥٦٧ - والمسائل تمر في كل باب (١) مسألة ان شاء الله تعالى .

كتاب المأذون للشيباني

٣٥٦٨ - ولمحمد بن الحسن كتاب المأذون الكبير والصغير ، وهو كتاب اكبر
من جميع ما ذكرنا في هذا الكتاب ، وفيه مسائل كثيرة لا
تخصى كثرة

٣٥٦٩ - وفي الذي ذكرناه ما يجوز ان ينتفع به واصل بيني عليه ما يقع
واذ قد ذكرنا حكم الشركة والتصرف عن الغير (١) وجب ذكر
الامانات اذا سلمت الى الغير على جهة الامانة

(١) في النسختين : بالغير

كتاب الوديعه وهذا كتاب الوديعه

حوار الوديعه

٣٥٧٠ - اعلم ان الوديعه امر بلى الناس به قديماً وحديثاً ، ولهجوا بذلك ،
وفيهما هون المسلم

٣٥٧١ - وقد قال تعالى : وتعاونوا على البر والتقوى وفي جوازها في الجمله
اجماع الفقهاء

فصل

الوديعه امانة^(١)

٣٥٧٢ - وهي امانة عند الجميع

(١) جاء في لسان العرب في مادة (ودع) : السودع والودّع والودعات مناقيف صغار تخرج من البحر تزين بها العناكيل ، وهي خرز بيض جوف في بطونها شق كشق النسوة ، تتفاوت في الصغر والكبر ، وقيل هي جوف في جوفها دويبة كاللحمة . (وهذا تعريف لأصناف من الحيوانات البحرية القوقعية المعروفة) وجاء :
وتقول خرج زيد فودع اباه وابنه وكلبه وفرسه ودرعه اي :
ودع اباه عند سفره من التوديع ، وودع ابنه جعل الودع في عنقه ،
وكلبة قلده الودع ، وفرسه رفهه ، وهو فرس مودع ومودوع على غير =

= قياس ، ودرعه والثيء صانته في صوانه .

والدعة والتدعه على البدل : الخفض في العيش والراحة ، والهاء
عوض عن الواو .

والوديع الرجل الهادي الساكن ذو التدعه ، ويقال ذو وداعة، ودع
يودع دعة ووداعة ، زاد ابن برى وودعه فهو وديع ووادع اي ساكن.
وانشد شمر قول عبيد الراعي :

ثناء تشرق الا حساب منه

به تتودع الحسب المصونا

اي تقيه وتصونه ، وقبل اي تقره على صونه وداعاً ،

ويقال ودع الرجل يدع اذا صار على الدعة والسكون . ومنه قول
سويد بن كراع :

ارق العين خيال لم يدع

لسليمى ففؤادي منتزع

ووادع الثوب وودعه صانه .

قال الازهري : والتوديع ان تودع ثوبا في صوان لا يصل اليه
غبار ولا ريح وودعت الثوب بالثوب ، وانا ادعه مخفف .

وقال ابو زيد : الميدع كل ثوب جعلته ميدعاً لثوب جديد تودعه
به ، اي تصونه به ، ويقال ميداعة وجمع الميدع موادع واصله الواو

= لانك ودعت به ثوبك اي رفهته به ... والتوديع ان نجعل ثوبا وقاية
ثوب آخر ، والمبدع والميدعة والميداعة ما ودعه به ، وثوب ميسر
صفة ... والمبدع ايضاً الثوب الذي تبثله المرأة في بيتها ...

وفي التنزيل « ما ودعك ربك وما قلى » اي لم يقطع الله الوحي
عنك ولا ابغضك . لان الترك من القلى .

وقال الليث : الغرب لا تقول ودعته فانا وادع اي تركته ولكن
يقولون في الغابر (ودع) يدع وفي الامر دعه وفي النهي لا تدعه .
وانشد :

« اكثر نفعا من الذي ودعوا » .

يعني تركوا .

وفي حديث ابن عباس ان النبي (ص) قال :

« لينتهين اقوام عن ودعهم الجمعات او ليختمن على قلوبهم) .

اي تركهم اياها والتخلف عنها .

ومن ودع الشيء يدعه ودعا اذ تركه .

والوادع القلى .

والموادعة والتوادع شبه المصالحة والتصالح . وحقيقة الموادعة
المتاركة .

والوديع العهد .

وتوادع القوم : اعطى بعضهم لبعض عهداً ، وكله من المصالحة ،
حكاه الهروي في الغريبين .

قال الازهري : توادع الفريقان اذا اعطى كل منهم الآخر عهداً
على ان لا يغزوهما ، تقول : وادعت العدو اذا هادته موادة وهي الهدنة
والموادة ... واستودعه مالا واودعه اياه دفعه اليه ليكون عنده وديعة ،
واودعه : قبل منه الوديعة ، جاء به الكسائي في باب الاضداد ... قال
ابو حاتم لا اعرف اودعته قبلت وديعته ، وانكره شمر ، الا انه حكى
عن بعضهم استودعني فلان بغيراً فاييت ان اودعه اي اقبله . قال
الازهري : قاله ابن شميل في كتاب المنطق . والكسائي لا يحكي عن
العرب شيئاً الا وقد ضبطه وحفظه ، ويقال : اودعت الرجل مالا
واستودعته مالا والوديعة واحدة الودائع وهي ما استودع .

وقوله تعالى فستقر ومستودع : المستودع ما في الارحام ... وكلهم
قال : فستقر في الرحم ومستودع في صلب الارب ، روى ذلك ابن
مسعود ومجاهد والضحاك .

(و) المستودع المكان الذي تجعل فيه الوديعة .

يقال : استودعته وديعة اذا استحفظته ايها :

(٢) ذكر الخطيب البغدادي جماعة بهذا الاسم وارجح ان
المقصود بهم هو يحيى بن الحسن بن زيد علي بن الحسين بن علي بن ابي
طالب ، وقد سكن بغداد ، وحدث عن ابيه ، وروى عنه علي بن حفص

٣٥٧٣- وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال :

من اودع فهلكت او تلفت فلا ضمان عليه وقال ابو بكر رحمه الله في ودیعة هلكت في عهدہ : لا ضمان عليه انما هي امانة .

فصل

تعريف الودیعة

٣٥٧٤- ولانه قبض العين باذن مالکها لا على وجه التملیک ولا وثيقة فلا یضمن .

٣٥٧٥- والذي یضمن (هو المفروض) ٢٠ روي عن عمر رضي الله تعالى تعالى عنه انه قال :

اودعني رجل ستة آلاف درهم فهلكت فقصمتني عمر .

= بن عمر العباسي ، كان ببغداد ومات يوم الاربعاء لاربع خلون من شهر ربيع الآخر من سنة سبع وثلاثين (ومائتين) ودفن في مقابر قريش ببغداد (ج ١٤ ص ١٨٩ من المرجع المذكور) .

(١) اضفنا هذه العبارة اتاما للمعنى لان سياق الجملة يقتضيها وفي كتاب الافصح لابي هبيرة (ج ١ ص ٢٦٧) « ان الضمان لا يجيب على المودع الا بالتعدي » .

٣٥٧٦ - فيحتمل انه فرط في ذلك .

٣٥٧٧ - وقد روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال :
ليس على المستغفر غير المغل ضمان ولا على المستعير غير المغل
ضمان .

فصل

قبول الوديعة غير واجب

٣٥٧٨ - وعندنا لا يجب قبول الوديعة بحال .

٣٥٧٩ - وقال اصحاب الشافعي : اذا خاف ان لم عليه يقبل ان تهلك تعين عليه
قبولها لان حرمة المال كحرمة النفس لقوله عليه الصلاة والسلام .
حرمة مال المؤمن كحرمة دمه .

٣٥٨٠ - وحفظ ماله لا يجب عليه عندما فكيف يجب عليه حفظ مال غيره .

٣٥٨١ - وقد قلنا ان الحجر لا يجب في حق المبذر .

٣٥٨٢ - ولا خلاف انه اذا لم يخف وغلب في ظن المودع انه يخون فيها
انه لا يجب عليه القبول .

فصل

أهلية المودع

٣٥٨٣ - ولا تصح الا من مالك التصرف في ماله ، فإن اودعه من لا يملك التصرف لم يجز له القبول .

٣٥٨٤ - فإن قبل فهو ضامن لانه قبل ما لا يمن لا يملك التصرف فيه كما لو غصبه وعلم بالغصب وقبل الوديعة .

فصل

وديعة الصبي والسفيه

٣٥٨٥ - واختلف الفقهاء في الصبي والسفيه اذا اوع رجلاً وخاف الرجل ان لم يقبل الوديعة ان يستهلك المال فاخذه على وجهين :

منهم من اجاز له الاخذ

ومنهم من لم يجزه

وخرج اصحاب الشافعي ذلك على قولين في المحرم اذا خلص طائراً من جارحة فامسكه ليحفظه فتلف ، فقالوا :

يضمن في احد القولين لانه ثبتت يده عليه من غير استئذان ، والثاني لا يضمن لانه قصد حفظه .

فصل

أهلية الوديع

٣٥٨٦ - ولا يصح الإيداع الا عند جائر التصرف ، فان اودع صبيّاً او سفيها لم يصح الإيداع عند الشافعي لانهما ليسا من اهل الحفظ .

فصل

أودع صبيّاً

٣٥٨٧ . فان اودع صبيّاً فتلف عنده لم يضمن لانه لا يلزمه حفظه .

فصل

٣٥٨٨ - وان اتلفه لم يضمن عند ابي حنيفة ومجد رحمهما الله تعالى ، ويضمن عند ابي يوسف رحمه الله تعالى .

٣٥٨٩ - ولاصحاب الشافعي رضي الله تعالى عنه وجهان مثل الخلاف لنا

٣٥٩٠ - لانه مكنه من اتلافه فصار كما لو باعه مالا وسلمه اليه .

٣٥٩١ - وابو يوسف رحمه الله تعالى يقول : لم يسلطه على اتلافه ١٥ ، فصار كما لو اتلفه من غير ايداع .

(١) ما بين قوسين لم يرد في نسخه منيخ .

فصل

٣٥٩٢- وان كان عبداً محجوراً عليه لم يضمن عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى حتى يعتق .

٣٥٩٣- وقال أبو يوسف رحمه الله يضمن في الحالين والوجه كما مضى .

فصل

القبول في الإيداع بالقول والفعل

٣٥٩٤- ويصح الإيداع بالقبول بالقول وبالفعل لايه يدل على الأمانة والحفظ .

فصل

انقضاء الوديعة

٣٥٩٥- وتنفسخ بكل ما تنفسخ به الوكالة من الموت والجنون والاعماء والعزل .

٣٥٩٦- لانه وكيل في الحفظ فصار كالوكيل في التصرف .

فصل

ولد الوديعة

٣٥٩٧- واذا ولدت الوديعة فالأمانة كأمه في الحكم .

٣٥٩٨- ومن اصحاب الشافعي من قال : لا يجوز له امساكه حتى يعلم

المالك ، كما قالوا في الثوب تلقية للريح في داره .

فصل

شرط ضمان الوديعة لا يعتبر

٣٥٩٩ - ولا تعتبر مضمونه بالشرط لانها امانة كما لا يعتبر المضمون امانة بالشرط ، لانه موجب العقد فلا يتغير (١) .

فصل

سفر المودع

٣٥٦٠٠ - وللمودع ان يسافر بالوديعة ويقيم بها ، ولا فرق بين ما له حمل ومؤونة ، وبين ما لا يحتاج الى ذلك .

٣٥٦٠١ - وقال ابو يوسف ومجد رحمهما الله تعالى ما له حمل ومؤونة لا يجوز ان يسافر به ، فان فعل ضمن لان المؤونة تلتزم المالك وهو لم يأذن .

(١) يستفاد من هذه القاعدة ان ما يعد امانة او مضموناً مسألة تتعلق بموجب كل عقد فلا تقبل الاتفاق على خلافها ، وان موجب كل عقد مما لا يجوز الاتفاق على خلافه وان القواعد الفقهية منها ما يعد من القواعد الامرة التي لا يجوز الاتفاق على خلافها ومنها ما يجوز اشراط خلافه .

٣٥٦٠٢ - وقال الشافعي يلزمه الغشيان بكل حال لان اذنه عام في

الحفظ .

فصل

تسليمها لمن في عياله

٣٥٦٠٣ - واذا سلم المودع الوديعة الى من في عياله، ومن يحفظ به ماله فلا

ضمان عليه ان تلفت .

٣٥٦٠٤ - وقال الشافعي يضمن .

٣٥٦٠٥ - لان بهؤلاء يحفظ ماله وليس عليه اكثر من ذلك .

فصل

نهي المودع عن حفظها بغيره

٣٥٦٠٦ - فان نهاه ان يدفعه الى احد منهم فدفعه اليه ، فان كان مما لا بد

له منه لم يضمن وان كان ممن له بد ضمن .

٣٥٦٠٧ - وقال الشافعي رضي الله تعالى عنه يضمن في الوجهين لان

يدهم كيده .

٢٩٦٠٨ - ولو قال له احفظ في يمينك فجعله في الشمال لم يضمن لان

كلاهما واحد .

فصل

التعدي في الوديعة

٣٥٦٠٩ - واذا تعدى في الوديعة ثم زال التعدي برىء من الضمان ، وكذلك
سائر الامانات عندنا .

٣٦١٠ - وقال الشافعي لا يبرأ .

٣٦١١ - وهو قول زفر رحمه الله تعالى ، ذكره ابو موسى (الضرير) في
مختصره ، لانه اذا زال التعدي عادت الى يد قامت مقام المالك
عن طريق الحكم كيد الوكيل .

فصل

تلفت بعد تغير نيته

٣٦١٢ - واذا فتح الكيس او الصندوق او نوى انفاق الوديعة ثم تلفت بعد
ذلك لم يضمن .

٣٦١٣ - وقال الشافعي يضمن .

٣٦١٤ - لانها تلفت بغير فعله .

فصل

المخالفة في الدار

٣٦١٥ - واذا امره ان يجعل الوديعة في دار فجعلها في اخرى فهو
مخالف ويضمن .

٣٦١٦ - وإن قال له اجعله في هذا البيت من الدار فجعلها في بيت آخر
لم يضمن ، وحكى أبو موسى (الضرير) في مختصره عن محمد بن
سماعة عن محمد رحمهم الله تعالى أنه يضمن ، ذكر أنه في النوادر .
٣٦١٧ - وهو قول الشافعي .

٣٦١٨ - لأن الدار حزر واحد فهي كزوايا البيت .

فصل

القول لمن في الدفع لشخص آخر؟

٣٦١٩ - وقال رب المال ادفعه الى فلان فقال المودع قد دفعته اليه فالقول
قول المودع عندنا في براءة نفسه .
٣٦٢٠ - وقال الشافعي لا يقبل قوله على رب الوديعة .
٦٦٢١ - لأنه أقر له بأذن خاص فقبل قوله .

فصل

تسليم الوديعة للحاكم

٣٦٢٢ - وقال الشافعي :

إذا أراد السفر وعنده وديعة فإنه يسلمها الى مالكها ، إن قدر عليه
او وكيله ، وإن لم يجد سلمها الى الحاكم لأنه لا يجب عليه المقام
ولا يجوز له السفر بها فوجب ان يسلمها الى الحاكم لأنه ينوب

عن الغائب ، وان سلمها اليه مع القدرة على المالك او وكيله
يضمن لانه فرط في ذلك ، ولا ولاية للحاكم مع الحضور كما لا
ولاية له في النكاح (١) .

فصل

تسليم من حضره الموت الوديعة

٣٦٢٣ - وكذلك اذا حضره الموت فهو مثل للغيبة سواء .

فصل

صاحب الوديعة يضرب مع غرماء الميت

٣٦٢٤ - واذا اقر بالوديعة ووصفها ولم توجد في تركته ، فان صاحبها
يضرب بها مع الغرماء وتقدم على التركة عندنا لانها صارت
مضمونة بالجهل كما لو اختلطت بماله .

٣٦٢٥ - ومن اصحاب الشافعي من قال لا يضمن لانه اصلها امانه فلا
يضمن بالشك .

فصل

٣٦٢٦ - وان اوع الوديعة غيره فهلك فالضمان على الاولاد عند ابن حنيفة

(١) هذا دليل على جواز التسليم والايداع في الفقه الاسلامي كما هو
جائز في القانون المدني .

في قوله الثاني .

٣٦٢٧- وقال ابو يوسف ومجد والشافعي رحمهم الله تعالى يضمن
ايهما يشاء .

٣٦٢٨- لان الفعل الواحد لا يوجب ضمانين من جنس واحد فيستحق
واحد في حالة واحدة .

٣٦٢٩- وعندهما يضمن الاول بالتسليم والثاني بأخذه ما لم يكن
له اخذه .

٣٦٣٠- وقال ابن ابي ليلى لا ضمان على واحد منهما لان للمودع ان يودع
ماله وما في يده .

فصل

٣٦٣١- فان ضمن الثاني وكان يعلم بالحال لم يرجع على الاول ، فان كان
لا يعلم (١) ففيه وجهان :

٣٦٣٢- احدهما يرجع لانه دخل على انه امانة وهو قولها ايضاً . والثاني
لا يضمن (٢) لانه هلك في يده .

(١) في نسخة منيخ : فان كان جاهلاً .

(٢) كذا في نسخة المعهد ونسخة منيخ ولعل الصواب لا يرجع وقد
سقط هذا الفصل من نسخة قليج .

٣٦٣٣ - وقال اصحاب الشافعي : ان قلنا يرجع على الاول لم يكن للاول ان يضمه اذا ضمن وان قلنا لا يرجع فهل يرجع عليه الاول ؟

قالوا يرجع عليه .

فصل

خلط الوديعة

٣٦٣٤ - واذا خلط الوديعة بجنسها ضمن لان الخلط تعد منه ، وان كان المخلوط به لصاحبها فقد اختلف في الضمان فمنهم من اوجبه ومنهم من نفيه .

٣٦٣٥ - لانه مال صاحبها فلا يضمن .

فصل

سقي الدابة المودعة وعلفها

٣٦٣٦ - وعليه سقي الدابة وعليه وعلفها فان نهاه عن ذلك لم يضمن ، ومن اصحاب الشافعي من قال يضمن وهو الاصطخري .

فصل

إخراج الوديعة

٣٦٣٧ - واذا اخرج الوديعة لمصلحة لها لم يضمن باتفاق .

فصل

أخذها منه بغير اختياره

٣٦٣٨- وإذا اخذت منه فهو لا يضمن لانه (١) غير مفرط وان سلم
باختياره ضمن لانه فرط .

فصل

القول قول المودع في الضياع والرد

٣٦٣٩- وقول المودع مقبول في ضياع الوديعة بلا خلاف ، يحلف انه ما
ضييعها ، وكذلك قوله عندنا مقبول في الرد ، وهو قول للشافعي
ومالك لانه امن .

٣٦٤٠- وقال بعض الفقهاء لا يقبل قوله في الرد لان الله تعالى قال « فاذا
دفعتم اليهم اموالهم فاشهدوا عليهم » (٢) وهذا عندنا على
الاستحباب ، كيف يحتاط بالشهادة في البيع .

فصل

ضمان المودع بالمنع

٣٦٤١- واذا طلب مالكمها منع المودع صار ضامنا لانه تعدى بالمنع .

(١) ما بين قوسين من نسخه منيخ .

(٢) النساء ٤/٦ .

فصل

إنكار الوديعة

٣٦٤٢- وإذا قال مالك عندي وديعة ، او ما اودعني واقام رب الوديعة
البينة قبلت ، وحكم بها له .

٣٦٤٣- وان اقام المودع بينة بالرد عليه بعد الجحود قبلت كالغاصب يقيم
البينة بالرد .

٣٦٤٤- ومن اصحاب الشافعي من قال لا يقبل قوله . في البينة ، ولا
يسمع ، لان كون البينة بانكار الابداع فلم تقبل بالرد والتلف .

فصل

سبب الهلاك ظاهر أو خفي

٣٦٤٥- ولا فرق عندنا بين ان يدعى الهلاك بسبب ظاهر او خفي .
٣٦٤٦- وفرق الشافعي في ذلك وقال لا يقبل قوله في الظاهر الا ببينة
كالخريق والنهب لان الظاهر علمه .

فصل

ادعاؤه رد الوديعة

٣٦٥٧- وإذا قال : مالك عندي وديعة او ما تستحق على شيئاً ، واقام
البينة بالابداع ، فقال : صدقت البينة ، ولكن رددت الوديعة او
تلفت ، قبل قوله في ذلك لانه لم يكذب البينة ولم يجهد وانما قال ما

عندي لك شيء وهو صادق في ذلك .

فصل

إيداع رجلين آخر ما يكال أو يوزن

٣٤٨ - والرجلان إذا أودعا رجلا ما يكال أو يوزن فغاب أحدهما وحضر الآخر وطلب نصيبه من ذلك لم يكن للمودع أن يعطيه ذلك حتى يحضر الآخر لأنه قضاء على غائب ، وهذا قول أبي حنيفة .

٣٤٩ - وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى له أن يأخذ النصف ، فإن تلف الباقي وحضر الغائب كان له أن يأخذ نصف ما أخذه على وجه الضمان ، وإنما أخذه على أنه حقه بشرط سلامة الباقي فإن لم يسلمه رجع إليه .

فصل

(أودع رجلين)

٣٥٠ - وإذا أودع رجلين شيئاً مما يقسم ، فأودعه أحدهما عند صاحبه الآخر ، فهلك ، ضمن في قوله أبي حنيفة . وإن كان مما لا يقسم لم يضمن .

٣٥١ - وقال أبو يوسف ومحمد لا يضمن في الوجهين جميعاً .

فصل

موت المودع

٣٥٢ - وإذا مات المودع وطلب الوديعة ربها فقال الوارث ضاعت في

حياة مورثي او ردها عليك ، وانكر ذلك ، او قال لا ادري ما
حالتها فانها قد صارت ديناً في ماله ، وكذلك سائر الامانات
والودائع .

٣٦٥٣- وقال ابن ابي ليلى وبعض اصحاب الشافعي لا ضمان لربها لانه لم
يتعد ، ولم يمنع وما بني وجه يضمن به ، فلا يضمن .

فصل

مخاصمة غاصب الوديعة

٣٦٥٤- وللمودع ان يخاصم الغاصب للوديعة ويقطع السارق ، ويسترجع
العين ، لان له يدا صحيحة في الحفظ .

٣٦٥٥- وقال بعض اصحاب الشافعي ليس له ذلك .

٣٦٥٦- وهذا يجب عن طريق الامر بالمعروف ، وعلى كل واحد
فكيف المودع .

فصل

٣٦٥٧- واذا لقت الريح ثوباً في دار انسان فطلبه صاحبه فليس عليه ان
يرده عليه ، ولكن عليه ان يدخل صاحبه الدار فيأخذه ، لانه لم
يأخذه منه فيرده عليه .

فصل

٣٦٥٨- وقال في الجامع الكبير :

رجل اودع عبداً محجوراً عليه ودبعة فدفع العبد الى محجور عليه
آخر فهلك في يد الثاني .

٣٦٥٩ - فني قول اي حنيقة له ان يضمن الثاني في الحال ، وليس له ان
يضمن الاول ما لم يعتق .

٣٦٦٠ - وقال مجد ليس يضمن احدهما حتى يعتق .

فصل

٣٦٦١ - ولو اودع الثاني ثالثاً والمسئلة بحالها ، فابو حنيقة يقول :

لا ضمان على الاول حتى يعتق ، وعلى الثاني في الحال ، ولا ضمان
على الثالث .

٣٦٦٢ - وقال ابو يوسف يضمن اي الثلاثة شاء في الحال .

٣٦٦٣ - وقال مجد لا يضمن الاول حتى يعتق ، وهو بالخيار في الثاني
والثالث يضمن ايها شاء في الحال .

فصل

أودع درهماً فخلطه

٣٦٦٤ - ومن اودع درهماً ابيض فخلطه في دراهم بيض ضمن عند
اي حنيقة .

٣٦٦٥ - وقال ابو يوسف انه شاء شاركه بقدر درهم في الدراهم .

٣٦٦٦ - وقال محمد ابن الحسن :

ان كانت الوديعة هي الغالبة فالأمر على ما قال ابو حنيفة ، وان
كانت هي القليلة فالأمر على ما قال ابو يوسف ، فجعل الأقل
تابعاً للاكثر .

٣٦٦٧ - وفي هذا الكتاب عجيب من المسائل ، وفي الذي ذكرت اصول
له ، والواقع ،

٣٦٦٨ - واذا قد ذكرنا ذلك ، وكانت الوكالة فيها معنى الامانة ، وقول
الوكيل يقبل في بعض الاحوال ولا يقبل في بعضها وجب ذكرها
بعد الوديعة .

كتاب الوكالة

فصل

وهذا كتاب الوكالة^(١)

٣٦٦٩ - اعلم ان الوكالة استنابة في حال الحياة في العقود والتصرف .
وهي غير لازمة للوكيل ولا للموكل .

(١) جاء في لسان العرب في وكل :

حقيقة الوكيل ان يستقل بامر الموكل اليه ، والوكيل من اسماء
الله تعالى وهو المقيم الكفيل بارزاق العباد وفي التنزيل : « ان لا
تتخذوا من دوني وكلاء » .

وقيل الوكيل الحافظ ، والمتوكل على الله الذي يعلم ان الله كافل
رزقه وامره فتركه اليه وحده ولا يتوكل على غيره .
يقال توكل بالامر اذا ضمن القيام به .

ووكلت امري الى فلان اي الجأته اليه ، واعتمدت فيه عليه .
ووكل فلان فلانا اذا استكفاه امره ثقة بكفايته ، او عجزاً عن
القيام بامره .

ووكل اليه الامر سلمه ، ووكله الى رأيه وكلا ووكولا : تركه .
والوكيل الجزئي ، وقد يكون الوكيل للجمع وكذلك الانثى .
وقد وكله على الامر .

والاسم : الوكالة والوكالة ووكيل الرجل الذي يقوم بامره .

فصل

(الأصل في جوازها)

٣٦٧٠- والأصل في جوازها في الجملة ما رواه أبو موسى في مختصره
باسناده عن جابر بن عبد الله قال :

« اردت الخروج الى خيبر ، فاتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم
فسلمت عليه ، وقلت له : اني اريد الى خيبر (اردت الخروج
الى خيبر) (١) .

فقال :

اذا اتيت (الى) وكيلي فخذ منه خمسة عشر وسقا ، فان ابتغى منك
آية فضع يدك على ترقوته .

٣٦٧١- وهذا الخبر يدل على انه كان له وكيل ويدل على جواز الدفع
من الوكيل الى غيره بمجرد القول .

ويدل على انه اذا شك في قول الطالب ان لا يدفع اليه .
ويدل على انه اتاه بآية وهي العلامة ، انه يجوز له الدفع بها ،
والاقتصار عليها .

٣٦٧٢- ويدل على جواز العلامة بدين من يريد ذلك ففيه هذا الفقه .

٣٦٧٣- وذكر الخصاص وغيره خبر فاطمة بنت قيس (٢) قالت :

(١) الامام باحاديث الاحكام لابن دقيق العيد . الرقم ٩١٥ .
(٢) هي فاطمة بنت قيس بن خالد الاكبر القرشية الفهرية اخت
الصحابك بن قيس ، كانت من المهاجرات الأول ، لها عقل وكمال
وهي التي طلقها أبو حفص بن المغيرة ، فأمرها رسول الله (ص) -

طلقني زوجي ثلاثا ، فوكل اخساه بنفقتي وخرج الى اليمين
فخاصمت الى النبي صلى الله عليه وسلم ، فلم يجعل لي سكناً
ولا نفقة .

٣٦٧٥ - ووكل النبي صلى الله عليه وسلم عروة البارقي في شراء اضحية ،
فاشترى شاتين وباع احدهما ، وجاء باضحية ودينار فدعى له
بالبركة ، فكان لو اشترى ترابا ربح فيه ، قال الشيرازي رحمه
الله ، هو عروة ابن جعد ، والذي ذكره يحيى فيه انه ابن الجعد
الازدي (١) .

= ان تعمد في بيت ابن ام كلثوم ، وقدمت الكوفة على اخيها
الضحاك بن قيس ، وكان اميراً فسمع منها الشعبي ... (و)
عن الشعبي قالت فاطمة بنت قيس : طلقني زوجي ثلاثا على عهد
رسول الله (ص) : « لا سكنى لك ولا نفقة » وفي بيتها اجتمع
اصحاب الشورى لما قتل عمر بن الخطاب (ر) وروت عن النبي
(ص) احاديث اخرجها الثلاثة (اسد الغابة ٥٢٦/٥ - ٥٢٧) .

(١) جاء في اسد الغابة (ج ٣ ص ٤٠٣) .

« عروة بن الجعد ، وقيل ابن ابي الجعد البارقي وقيل الازدي ،
قاله ابن منده وابو نعيم ، سكن الكوفة ، روي عنه الشعبي والسبيعي
وشبيب بن غرقده وشماك بن حرب وشريح بن هانئ وغيرهم .
وكان ممن سيره عثمان (ر) الى الشام من اهل الكوفة . وكان مرابطاً بيزاز
للروز ومعه عدة افراس منها فرس اخذه بعشرة آلاف درهم ...
وقولهما بارقي وقيل ازدي واحد ، فان بارقاً من الازد ، وهو بارقي بن

٣٥٧٦- وذكر الخصاص خبر علي بن ابي طالب رضي الله عنه انه كان
يوكل اخاه عقيلاني الخصومة فلما كبر وكل عبدالله بن جعفر (١)

وكان يقول :

ان لها فحما (؟) يحضرها الشيطان .

وكان يقول :

« ما قضى لو كيلى فلى ، وما قضى على وكيلى فعلى » .

٣٥٧٧- وذكر ابو موسى الخبر ، وقال فيه ، فقال عبدالله فخاصمني
طلحة بن عبدالله في ضمير احده علي بن ارض لطلحة
وارضه .

قال : والضمير المسناة .

قال فقال طلحة :

انه قد اضرني ، وحمل على السيل ، فركب عثمان بن عفان رضي الله
عنه معنا .

فقال :

= عدي بن حارثة بن امريء القيس بن ثعلبة بن مازن بن الازد ، وانما
قيل له بارق لانه نزل عند جبل بارق فنسب اليه وقيل غير ذلك » .

(١) هو عبدالله بن جعفر ذي الجناحين بن ابي طالب بن عبدالمطلب
(اسد الغابة ٣/ ١٣٣- ١٣٥) .

والله اني وطلحة نختصم في الموكب وان معاوية على بغلة شهباء
امام الموكب ، قد قدم قبل ذلك وافدا ، فالتقى كلمة عرفت فيها
انه قد اعانني بها .

قال :

ارأيت هذا الضفير اكان على عهد عمر ؟

قال :

قلت نعم .

قال :

لو كان جوراً ما تركه عمر .

فشي عثمان رضى الله تعالى عنه حتى نظر الى الضفير فقال :
ما ارى ضرراً ، وقد كان على عهد عمر ولو كان جوراً لم
يدعه عمر .

٣٥٧٨ - وبهذه السنن عمل الفقهاء على جواز الوكالة ، وفيها اجماع منهم
على الجواز في الجملة .

فصل

٣٥٧٩ - وتجوز الوكالة بالبيع والشراء والحوالة والكفالة والشركة
والمضاربة (١) والوديعة والاعارة والاجارة والمزارعة والمساواة

(١) جاء في نسخة منيخ بعد المضاربة والوكالة .

والقرض والمبة والوقف والمصدقة ، لان الحاجة داهية
الى ذلك كله .

فصل

٣٥٧٠ - واختلف في الوكالة في تملك المباحات كالاصطياد والحشيش
واستقاء الماء ، فقال اصحابنا لا تصح لانه تملك مباح كالاعتنام ،
وهو احد قولي الشافعي ، وقال يصح في قول اخر لانه لا يمين
عليه كالبيع والهبات .

فصل

التوكيل بالنكاح والطلاق والخلع

٣٥٨١ - ويجوز التوكيل بالنكاح والطلاق والخلع والعناق والمكاتبة
والندبر ، لان النبي عليه الصلاة والسلام وكل عمر ابن امية
الضمري (١) في تزويج ام حبيبة (٢) رضي الله عنهما .

(١) هو عمرو بن امية بن خويلد الكناني الضمري ، يكنى ابا امية ، بعثه
النبي (ص) وحده عينا الى قريش فحمل محمد حبيب بن علي من
الخشب التي صلب عليها ، وارسله وكيلا فعقد له على ام حبيبة بنت
أبي سفيان ، واسلم قديماً وهو من مهاجرة الحبشة ، ثم هاجر الى
الى المدينة ، واول مشاهدته بئر معونة . وكان النبي (ص)
يعيشه في اموره ، وكان من انجاد العرب ورجالها نجدة
وجراعة .

روى عنه اولاد جعفر والفضل وعبدالله وابن ابيه الزبير قان بن

فصل

لا توكيل بالاستيلاء

٣٥٨٢ - ولا يصح بالاستيلاء لأن النيابة لا تجوز فيه عنه .

فصل

(لا توكيل في الإبداع إلخ)

٣٥٨٣ - ولا يجوز في الإيلاء والظهار واللعان ، لأنها إيمان فلا تحتمل التوكيل .

فصل

(التوكيل بالرجعة)

٣٥٨٤ - واختلف في الرجعة : فمنهم من قال يجوز التوكيل بها ، كما يجوز بالنكاح ، وهذا قولنا .

ومن أصحاب الشافعي من قال لا يجوز ، كما لا يجوز في الإيلاء والظهار ، وضعفوا هذا الوجه .

فصل

(الوكالة بإثبات الحقوق)

٣٥٨٥ - وقال أبو حنيفة ومحمد : تجوز الوكالة بإثبات مآثر الحقوق كإثبات ما كانت .

= عبد الله بن أمية ، وهو معدود من أهل الحجاز (اسد

الغاية ٤ / ٨٦) .

٣٥٨٦ - وقال أبو يوسف : الا في الحدود والقصاص لانها تسقط بالشبه (١) ولا تستوفى بالوكالة باجماع منا اذا كان الموكل في القصاص غائبا (٢) .

٣٥٨٧ - وقال الشافعي : يستوفى في القصاص مع غيبة الموكل كما تستوفى في الدين .

٣٥٨٨ - ونحن نقول لا يجوز ان يستوفى مع العفو الظاهر ، ويحتمل ان يكون قد عفى فلا يمكن الرجوع الى الحق .

وقالوا : اذا استوفى مع حضوره فيه قياس واستحسان : القياس لا يجوز كما لا يجوز البيع مع الغيبة والاستحسان ان كل واحد لا يقدر على استيفاء الحق بنفسه ولا يحسن القتل فدعت الضرورة الى ذلك فجاز .

(١) الاستثناء الوارد في هذه العبارة مشكل اذ يفهم منه انه استثناء من التوكيل باثبات الحدود والقصاص .

وليس هذا هو المقصود وانما المقصود - كما يتضح من عبارة الطحاوي في مختصره ان الوكالة لا تجوز في الحدود ولا في القصاص الا في اثبات البيئات عليها (مختصر الطحاوي ، ص ١٩٠) على ان ما يتضح من الاستثناء المذكور للوهلة الاولى هو قول أبي يوسف فقد جاء في مختصر الطحاوي ايضا :

« وقال أبو يوسف (ر) : لا تقبل الوكالة في شيء من ذلك (الحدود والقصاص) من خصومة فيها ولا من اثبات بينة عليها ولا من غير ذلك .

(٢) مختصر الطحاوي ، ص ١٠٩ .

وهذا لا خلاف فيه .

فصل

٣٥٩٠ - ولا يجوز من غير رضا الخصم الا ان يكون الموكل مريضاً
لا يستطيع حضور مجلس الحكم أو غائباً في مسافة تقصر
فيها الصلاة (١) .

وهذا قول أبي حنيفة .

٣٥٩١ وقال أبو يوسف ومحمد : تجوز من غير رضا الخصم . كما تجوز
في قبض الدين هو قول الشافعي (٢) .

٣٥٩٢ - وأبو حنيفة يقول : في هذا ترك التسوية بينهما في الحكم وقد
منع الشرع ذلك وقاسه على الحوالة في اعتبار رضا المحتال .

٥٩٩٣ - ولا يلزم حضور جواب الوكيل عند أبي حنيفة لان الوكالة لم
تصح ، وفرق بين المريض والصحيح بان المرض صدر فكل ذلك
السفر وجعل اصحابنا الحياء في المرأة لا تبرز مثل ذلك في
العدر والجواز .

(١) مختصر الطحاوي ، ص ١٠٨ .

(٢) ربه اخذ الطحاوي في مختصره ، ص ١٨٠ .

فصل

الوكالة بفسخ العقود

٣٥٩٤ - ويجوز الوكالة في فسخ العقود لانه اذا جاز في العقد فالفسخ مثله .

فصل

الوكالة بالإبراء

٣٥٩٥ - ويجوز ان يوكل في الإبراء من الدين كما يجوز في اثباتها واستيفائها .

فصل

التوكيل بالإقرار

٣٥٩٦ - ويصح عندنا التوكيل بالإقرار في الحقوق .

٣٥٩٧ - وقال اصحاب الشافعي في ذلك وجهان في احدهما لا يصح (١) .

٣٥٩٨ - واذا قالوا يصح فهل هو اقرار ام لا ؟

على وجهين : احدهما انه اقرار ، والثاني ليس باقرار .

فصل

قبول الوكالة

٣٥٩٩ - ولا تصح الوكالة بغير قبول لانها عقد فافتقر الى قبول .

(١) جاء في الاقناع للشرييني : الأصح عدم صحة التوكيل في الاقرار مطلقاً (ج ٢ ص ٤٧) .

٣٦٠٠- ويجوز عندنا القبول بالقول والفعل ، ويكون التصرف فيها وكل به قبولاً .

٣٦٠١- وقال زفر : لا يكون القبول الا بالكلام .

٣٦٠٣- لان التصرف يدل على الرضا .

فصل

التوكيل بطلب كل حق

٣٦٠٤- واذا وكل رجل رجلاً بطلب كل حق له قبل الناس جاز له مطالبة كل غريم كان عليه حق ، وطلب كل ما يحدث له من الحقوق ، ما لم يخرج الموكل من الوكالة .

٣٦٠٥- وقال زفر بن الهذيل : ليس بوكيل فيما يحدث من الحقوق .

٣٦٠٦- وكذلك اذا وكله بطلب ماله بالكوفة او مصر بعينه فهو على الخلاف ايهاً ، يجوز عند الثلاثة من علمائنا .

فصل

(الوكالة بقبض على إنسان بعينه)

٣٦٠٧- ولو وكله بقبض حق له على إنسان بعينه . فليس له ان يقبض من الحقوق الا ما كان يوم التوكيل في قولهم جميعاً بخلاف لانه توكيل خاص ليس بعام .

فصل

(مدى سلطة الوكيل بطلب الحقوق)

٣٦٠٨ - وله ان يتقاضى ديونه ويقبضها اذا وكل بطلب حقوقه ، وليس له بيع ولا شراء ، ولا يأخذ شفعة ولا زوج ولا يعتق ولا يطلق ، لأن ذلك ليس بطلب حق ، وانما هو اسقاط حق فلا يصح .

فصل

(أخباره بالوكالة)

٣٦٠٩ - واذا اخبر الوكيل بالوكالة فن اخبره بذلك وكان خبره حقا فهو وكيل في قولهم جميعا .

فصل

(قبول الوكالة على الفور)

٣٦١٠ - ومن اصحاب الشافعي من يقول : قبول الوكالة على الفور ، ولا يجوز على التراخي .
٣٦١١ - وهذا لا يصح ، لأن الاذن باق ما لم يبطله .

فصل

(تصرف من وكل وهو لا يعلم)

٣٦١٢ - وقد قال اصحابنا : فان وكله وهو لا يعلم ببيع او شراء ، فنصرف في ذلك وهو لا يعلم بالتوكيل كان ذلك كله باطلا ، ولا يجوز عليه حتى يعلم بالتوكيل ، لأن الأمر لا يثبت مع الجهالة كأمر صاحب للشرع .

٣٦١٣- ولا يجوز التوكيل الا في تصرف معلوم او متعارف ، فان قال
وكلتك في كل قليل وكثير لم يجوز لانه يخل فيه ما يطبق وما لا يطبق
فيعظم الغرر (١).

٣٦١٤- ولو قال وكيلي في كل شيء ، فهذا وكيل في الحفظ ، وليس في بيع
والاشراء .

٣٦١٥- فان قال وكيلي في كل شيء جائز امره ، فهو وكيل في الحفظ والبيع
والاشراء ، فان وهب او تصدق جاز ، وله ان يتقاضى ديونه ،
ويطل حقوقه .

فصل

٣٦١٦- وان قال وكلتك ببيع جميع مالي وقبض جميع ديوني صح لانه
يعرف ماله وديونه ،

فصل

٣٦١٧- وان قال : تبيع ما شئت من مالي او تقبض ما شئت من ديوني جاز
لانه اذا عرف ماله ودينه عرف اقصى ما يبيع ويشترى .

(١) يرجع هذا الضابط الى جملة مبادئ عامة يقوم عليها الشرع الاسلامي
والاساس في ذلك مبدأ اليسر . وان الشريعة بنيت على التكليف به لا
بالعسر ، وهذا يترتب عليه مبدأ آخر هو التكليف بما يطاق عادة ،
فلا يحسن التكليف بما لا يطاق ، وبما ان الغرر العظيم ضرب من التكليف
الشاق فهو تكليف بما لا يطاق عادة . وهذا مثال من امثلة جملة يمكن
الرد به على من زعم من فقهاء القانون الموازن ان الفقه الاسلامي غني
بالجزئيات دون ان يعنى بالا-س والمبادئ العامة .

فصل

التوكيل بمجهول الصفة والجنس

٣٦١٨ - فأن وكله بشراء عبد بعينه أو بغير عينه فأن ذكر الجنس جاز ، وإن ذكر الثمن جاز ، ولزم الأمر ، وإن أطلق لم يصح لأنه مجهول الصفة والجنس .

٣٦١٩ - وقال الشافعي رضي الله عنه لا يصح وإن ذكر الثمن ، لأن ذكر الثمن لا يدل على النوع ، وقال : إن ذكر النوع جاز إذا قال تركيا .

٣٦٢٠ - لأن ذكر الجنس كذكر الثمن فكذلك ذكر الثمن يدل على ذكر الجنس .
٣٦٢١ - وقال زفر رحمه الله تعالى : لا بد من ذكر الجنس والثمن معاً ، حتى يصح ، لتزول الجهالة ، والجنس إذا ذكر فقد دخل فيه الأعلى والأدنى .

فصل

الوكالة بخصومة كل من يخصمه

٣٦٢٢ - وتصح الوكالة بخصومة كل من يخصمه ومن أصحاب الشافعي رضي الله تعالى عنه من قال لا تصح لأن الخصومة قد نقل وتكرر .

فصل

تعليق الوكالة على شرط

٣٦٢٣ - ويصح تعليق الوكالة على شرط مستقبل لأنه أمر ، فجاز تعليقه بشرط كأمر صاحب الشرع وكالوصية .

٣٦٢٤ - ومن أصحاب الشافعي رضي الله تعالى عنه من قال الصحيح أنه لا يصح لأنه عقد تؤثر الجهالة فيه كالبيع والاجارة .

فصل

تصرف الوكيل بعد الشرط

٣٦٢٥ - وافق الفريقان انه اذا وجد الشرط وتصرف الوكيل جاز تصرفه ولو كان العقد باطلا لما جاز التصرف .

فصل

تسمية جعل الوكيل

٣٦٢٦ - ولكن قال الشافعي : ان كان سمي له جعلاً بطلت التسمية فوجب له أجر المثل ، لأنه عقد فاسد لم يرض به بغير بدل فكان له أجر المثل كالأجرة الفاسدة .

فصل

(تنجيز الوكالة وتعليق التصرف)

٣٦٢٧ - قالوا : ولو عقد الوكالة في الحال ، وعلق التصرف على شرط بان قال : وكلتك بان تطلق امرأتي بعد شهر او يبيع عبدي جاز لأنه لم يعقد على شرط .

فصل

رجوع الوكيل بالثمن

٣٦٢٨ - وللوكيل ان يرجع بالثمن على الأمر فيما يلزمه من الثمن اذا وقع الشراء له ، في الموقع الذي يصح ، قبل نقد الثمن ، وبعد نقده ، لأنه لزم باذنه .

فصل

(لزوم الثمن الوكيل)

٣١٢٩ - والثمن عندنا يلزم الوكيل بالعقد ولا يكون للبائع مطالبه الأمر ، لأن العقد لم يكن معه عند علمائنا الثلاثة .

٣١٣٠ - وقال زفر ومالك : له مطالبة المالك .

فصل

حقوق العقد

٣١٣١ - وعندنا حقوق العقد تتعلق بالوكيل (١) ،

٣١٣٢ - ومن اصحابنا من قال : الملك ينتقل الى الوكيل ، ثم ينتقل من جهته الى الموكل .

٣١٣٣ - ومنهم من قال : تنتقل الحقوق من البائع الى الموكل ، وكذلك الملك .

٣١٣٤ - وحكى ابو عبد الله البصري عن ابي الحسن رحمه الله في شرح المختصر ان سائر الحقوق تنتقل الى الوكيل من المالك .

٣١٣٥ - لأنه لا يصح النيابة فيه (٢) وسائر الحقوق تجوز النيابة فيها فنعلقت بالوكيل .

(١) في مختصر الطحاوي ايضاً (ص ١٠٩) ان الخصم في حقوق البيع مسن الاستحقاق والمطالبات في العيوب في ذلك الوكيل لا الموكل وكذلك الوكالة بالشراء .. والوكالة بالاجارة كالوكالة بالشراء والبيع في جميع ما ذكرناه .

(٢) الظاهر ان الضمير يعود الى حكم العقداي انتقال الملك كما يستفاد من تفرقة الحنفية بين حكم العقد وحقوقه في باب الوكالة (بدائع الصنائع الكاساني ج ٦ ص ٢)

فصل

حق الوكيل في حبس السلعة

٣١٣٦ - ولو وكيل حبس السلعة حتى يستوفي الثمن من الموكل ، لأنه كالبايع في حق للوكيل .

٣١٣٧ - وقال زفر رحمه الله تعالى ليس له حبس السلعة .

فصل

هلاك السلعة في حبس الوكيل

٣١٣٨ - فان حبسها فتلقت في يده بطل الدين، وحكى ابو الليث (السمرقندي) في خلافة (١) فقال : هذا قول محمد رحمه الله تعالى .

٣١٣٩ - وحكى عن ابي يوسف رحمه الله تعالى انها تهلك بالاكل من قيمتها ومن الدين .

٣١٤٠ - وعن زفر رحمه الله تعالى انه يضمن ضمان الغصب لأنه ليس له حبس .

فصل

٣١٤١ - ولو وكله بشراء ثوب او دابة لم يجوز حتى ينسبه الى جنس ، وليس كذلك بني آدم لأنهم جنس واحد ، وانما يفرق بينهم البلدان .

باب (٢)

فيما يلزم الموكل وما لا يلزمه من الأحكام

(١) اشارة الى كتاب مختلف الرواية الذي ترجع اشارات السمناني اليه نسبتة الى ابي الليث السمرقندي لا الى العللاء السمرقندي مصنف تحفة الفقهاء .

(٢) في نسخة قليبج كتاب .

٣١٤٢ - الوكيل بالخصومة والقبض اذا اقر عند القاضي ان الموكل قبض الحق او ابرأ منه برىء الغريم وقبل في حقه وحق الموكل ، وان اقر عند غير القاضي لم يلزم الموكل ولم يكن للوكيل بعد ذلك المخاصمة ، لأنه خرج من الوكالة ، وهذا قول ابي حنيفة ومحمد رضي الله تعالى عنهما .

٣٦٤٣ - وقال ابو يوسف رحمه الله تعالى في احد قوليه يجوز اقراره في الحالين ويلزم الموكل .

٣١٤٤ - وقال زفر والشافعي رحمهما الله تعالى لا يجوز اقراره في الحالين ولا يلزم الموكل لأن ذلك ليس مقتضى الخصومة واقرار بطلان الخصومة .

٣٦٤٥ - وابو حنيفة رضي الله تعالى عنه قل الاقرار احد جوابي الدعوى يصح من الوكيل كالانكار .

فصل

٦٣٤٦ - واذا وكله بالبيع فباع بقبيل الثمن وكثيره فهو جائز عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى .

٣٦٤٧ - وكذلك اذا باع بالعروض والنقد والنسيئة .

٣٦٤٨ - وقالوا والشافعي لا يجوز ذلك حتى يكون بمثل ثمن المثل وما يتغابن الناس فيه .

٣٦٤٩ - ولا يجوز بالعروض ولا يجوز بغير الاثان .

٣٦٥٠ - وقد روى القدوري في تجريدته في الشراء عن ابي يوسف رحمه الله تعالى روايتين مثل ما قاله في البيع .

فصل

بيع الوكيل نصف العبد

٣٦٥١ - وإن وكله ببيع عبد فباع نصفه جاز وألزم الأمر ، وفي الشراء لا يلزم حتى يشتري الجميع ، وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى في التفصيلين .

٣٦٥٣ - وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى والشافعي رحمه الله تعالى لا يجوز بيعه النصف أيضاً ولا يلزم الموكل كما لا يلزمه الشراء .

فصل

التوكيل بإعتاق نصف العبد

٣٦٥٤ - وإن وكله بأن يعتق نصف عبده فاعتقه كله لم يصح ولم يعتق منه شيء عند أبي حنيفة رضي الله عنه .

٣٦٥٥ - وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى يعتق كله .

٣٥٦ - ولو وكله بأن يعتق الكل ، فاعتق النصف ، عتق النصف ، عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى .

٣٦٥٧ - وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى يعتق الكل .

٣٥٨ - وقال أبو حنيفة في الطلاق إذا وكل بواحدة فطلق اثنين لم يصح ولا ولا يلزم الأمر .

٣٦٥٩ - وقالوا تطلق واحدة .

٣٦٦٠ - لأنه فعل المأمور به وزاد .

فصل

وكله بأن يزوجه امرأة

٣٦٦١ - فان وكله بان يزوجه امرأة فزاد في مهرها جاز عند ابي حنيفة وفرق بين النكاح والشراء .

٣٦٦٢ - وقالاهما سواء ، ولا يلزمه ما زاد على مهر المثل لانه لم يدخل تحت الادن .

فصل

أمره بالتزويج ولم يسم امرأة

٣٦٦٣ - ولو أمره بالتزوج ولم يسم امرأة فزوجه امرأة غير كفوء له ، او امة او ذمية جاز عند ابي حنيفة رضي الله تعالى عنه ، لانه دخل تحت عموم قوله .

٣٦٦٤ - وقال ابو يوسف ومحمد رحمه الله تعالى لا يجوز ، لانه بخلاف العادة فلا يجوز (١) .

فصل

٣٦٦٥ - فان زوجة ابنته لم يجز في قول ابي حنيفة رضي الله تعالى عنه صغيرة كانت ام كبيرة .

(١) من هذه القاعدة يفهم ان العادة تعد عاملا حاسما في تحديد صحة التصرف من بطلانه حيث ينبغي النظر الى ما تعارف عليه الناس عند التساؤل عن صحة تصرف او بطلانه .

٣٦٦٨ - وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى يجوز ان كالت كبيرة ، وهذا مثل الوكيل بالشراء هل يجوز ان يشتري من ابيه وابنه ؟ عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى لا يجوز من كل من يجوز شهادته له .

٣٦٦٩ - وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى يجوز .

٣٦٧٠ - ولاصحاب الشافعي رضي الله تعالى عنه وعنهم اجمعين في البيع من هولاء وجهان ولم أر قولهم في التزويج فاحكيه .

فصل

تزويج الوكيل موكله بامراتين

٣٦٧١ - وان زوجه امرأتين لم يجز عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى وفي احد قولي ابي يوسف ومحمد تعالى يجوز في واحدة والبيان الى الموكل يختار ذلك ما زاد على الواحدة بالخلاف .

فصل

٣٦٧٢ - فاذا وكل بالاجارة او البيع فابراً من عليه الاجرة ، فان كان بعد بعد المدة جازت البراءة ويغرم الوكيل للموكل الاجرة في قول ابي حنيفة ومحمد .

٣٦٧٣ - وقال ابو يوسف رحمه الله تعالى البراءة باطلة ولا يبرأ من الدين .

٣٦٧٤ - وكذلك الوكيل بقبض الدين ، لان حقوق العقد تتعلق بالعاقد .

فصل

الوكالة بالصلح على قصاص

٣٦٧٥ - ومن له قصاص اذا وكل بالصلح وكيلا فصالح على قليل او كثير

جاء عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى .

٣٦٧٦ - وان كان وكيل المطلوب فزاد على الدية فان لم يضمن يجوز على الموكل ايضاً وان ضمن يجوز على نفسه .

٣٦٧٧ - ولا يجوز عندهما الا بمقدار ما يتغابن فيه .

فصل

الوكالة بالصلح في شجرة

٣٦٧٧ - فان وكل رجلاً بالصلح في شجرة ادعيت قبله ، فصالحه الوكيل عن الجنابة بالدية ، فان بري من الشجرة لم يجز ، وان مات فهو جائر على الوكيل ، وان كان ضمن فلا يجوز على الموكل .

٣٦٧٩ - وان كان الوكيل صالح عن الشجرة وما يحدث منها الى النفس على خمسمائة ، والشجرة موضحة خطأ ثم بري من الشجرة فان المشجوع رد تسعة اعشار المال ونصف عشرة ويسلم له نصف العشر ان كانت الشجرة موضحة .

٣٦٨٠ - وهذا قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه .

٣٦٨١ - وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى الصلح جائز على الموكل ولا رد شيئاً .

فصل

الصلح على الدم

٣٦٨٢ - وان صالح على الدم على عشرين فاذا احدهما حر فله الباقي وحده عند أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه .

- ٣٦٨٣ - وقال ابو يوسف له الباقي وقبضه الحر لو كان عبدا .
 ٣٦٨٤ - وعند محمد رحمه الله تعالى له الباقي والزيادة الى تمام الارش .

فصل

باع جارية وكل يبيعها بقيمتها فزادت

- ٣٦٨٥ - واذا وكل رجلا يبيع جارية بقيمتها الف درهم ، والوكيل بالخيار فزادت قيمتها وصارت تساوى الفن فاجاز الوكيل البيع او مضى الثلاث فالبيع جائز في الوجهين جميعاً عند ابي حنيفة لانه تمت بر القيمة في الجواز .
 ٣٦٨٦ - وقال محمد البيع باطل في الوجهين جميعاً كزيادة القيمة وحصول المعنى المفسد .
 ٣٦٨٧ - وعند ابي يوسف : ان اجاز البيع لم يحز ان سكت حتى مضت المدة جاز لان مضى المدة من غير فعله ، والاجازة فعله .

فصل

- ٣٦٨٨ - ولو وكل رجلا بشراء عبد فاشتراه بخنطة او شعر ، فان كان بعينه فهو مخالف والشراء لنفسه في قولهم جميعاً ، وان كان ذلك في الذمة موصوفاً جاز الشراء الامر عند زفر ، وهو قول ابي حنيفة الاول .
 ٣٦٨٩ - وعندهما رضى الله تعالى عنهما يكون مشترياً لنفسه ، وهو قوله الثاني الآخر .

فصل

اشترى بنقصان أو باع بزيادة

- ٣٦٩٠ - ولو وكله ان يشتري له شيئاً بالف درهم ، او يبيعه بالف فاشترى

بنقصان وباع بزيادة فانه يجوز عند الثلاثة من اصحابنا .
٣٦٩١ - وقال زفر لا يجوز .

فصل

التوكيل بقبض معين

٣٦٩٢ - ولو وكله بقبض شيء بعينه من رجل فان اعطاه اياه قبضه ، وان منعه فليس له ان يخاصمه فيه .

فصل

التوكيل بحمل امرأة الموكل اليه

٣٦٩٣ - وان وكله بان يحصل اليه امرأته او عبده فأقامت الزوجة البيعة بالطلاق والعبد بالعناق لم يكلف الخروج (١) واوقف الحكم ولم يقض على الغائب عندنا .
وقال الشافعي يقضى عليه

فصل

٣٦٩٤ - وان وكله بقبض الدين فاثبت المدين الإبراء ، ولو كان وكيله بقبض دين على رجل فأقام الغريم بيعة بانه ابرأه منه قبل عند أبي حنيفة وبريء الغريم .
٣٦٩٥ - وقال ابو يوسف ومحمد لا يبرأ ويوقف كالأول .

(١) في النحتين : الاحراج

فصل

اختلاف الوكالة بقبض الدين عن غيرها

٣٦٩٦ - وقال ابو حنيفة : الوكالة بقبض الدين ليست كالوكالة بقبض شيء بعينه ، وانما هي داخلة في باب المبادلة ، فهي كالوكالة بالبيع ومن اصحابنا من قال : تسمع البيعة فيما هو بعينه ، وفيما ليس بعينه وانه خصم اذا وكل بالقبض .

فصل

٣٦٩٧ - واذا وكل بالخصومة كان له ان يقبض عند علمائنا الثلاثة .
٣٦٩٨ - وقال زفر - رحمهم الله تعالى - ليس له ان يقبض الا باذنه (١)
٣٦٩٩ - وهو قول الشافعي - رحمه الله تعالى ولا يحتاج عند الجميع الى ان يبعد بيعة بالوكالة على كل خصم اذا كانت عامة في كل حق قبل الناس .
٣٧٠٠ - فلو قبض وتلف ضمن ولم يبرأ الغريم .
٣٧٠١ - وعند الثلاثة لم يبرأ .

فصل

٣٧٠٢ - ولو قدم الوكيل رجلا وادعى عليه حقا لموكله واقام بذلك بينة فشهدت بالدين والوكالة معا ، فن اصحابنا من قال في ذلك قياس واستحسان : القياس ان لا يقبل البيعة الا ان تشهد بالوكالة - او لا ثم بالدين .

(١) في نسخة قليج : يأذنه وقوله .

وهو قول زفر ، والاستحسان ان يقبل ذلك ، حكى ذلك ابو موسى
في مختصره في الوكالة .

٣٧٠٣ - وقال الخصاص في ادبه للقضاء على قول ابي حنيفة لا يقبل حتى
تثبت الوكالة اولا ، لانه ليس بخصم عن صاحب المال الا بعد
اثبات الوكالة .

٣٧٠٤ - وقال ابو يوسف تقبل الشهادة على الامرين جميعاً .

٣٧٠٥ - وكذلك الوصي ذلك .

٣٧٠٦ - وكذلك الوارث يدعي ان اياه مات ولا وارث له غيره ، وان له
على هذا الرجل اوفي يده ضيعه ويثبت الوفاة والميراث ببينة واحدة .

فصل

ادعاء وكالة عن غالب

٣٧٠٧ . ولو ادعى (١) وكالة عن غائب اراد اثباتها عند القاضي لم يجز الا ان
يكون معه خصم حاضر ، يدعى عليه حقا ، لانه قضاء على غالب .

٣٧٠٨ - وقال ابن ابي ليلى تسمع ببينة وبحكم له بالوكالة وان لم يكن معه
خصم .

٣٧٠٩ - وهو قول الشافعي .

٣٧١٠ - وان كانت وكالة على رجل معين لم يكن له ان يخاصم غيره .

فصل

٣٧١١ - وان وكله عند القاضي ثم غاب كان له اب يخاصم في سائر الحقوق

(١) في نسخة المعهد ومنيح: وقال اصحابنا لو ادعى .

التي جعلها اليه اذا كان القاضي يعرفها جميعا .

فصل

٣٧١٢ - وان كان لا يعرف الموكل فقال الوكيل انا احضر بينة تعرفه فانه لا يسمع ذلك لانه لا خصم معه .

فصل

٣٧١٣ - وان احضر خصماً بينة ان الذي وكله فلابان الغلافي ، وانه له حقاً على هذا ، أنفذه الوكالة وحكم بها .
٣٧١٤ - وقال اصحابنا له ان يكتب بوكالته الى غيره من القضاة .

فصل

٣٧١٥ - واذا اقر الوكيل باستيفاء الحق وتسليمه الى الموكل قبل اقراره ، وان وهبه الحق او تصدق به عليه لم يجوز على الموكل ، وضمن الوكيل .

فصل

٣٧١٦ - وعند زفر والشافعي الوكيل بالقبض لا يكون وكيلاً بالخصومة ، والوكيل بالخصومة لا يكون وكيلاً بالقبض .

فصل

٣٧١٧ - ومن ادعى انه وكل رجلاً وانه وكله بقبض ما على رجل من الحق

فصدقه الرجل في الوكالة والدين امره القاضي بدفع ذلك اليه عندنا .
 ٣٧١٨ - وعند الشافعي لا يأمره بالدفع اليه ولا يجب الدفع كما لو ادعى قبض
 عين في يده .
 ٢٧١٩ وقد روى عن اصحابنا في العين رواية اخرى انه يجب عليه الدفع .
 ٣٧٢٠ وقالوا جميعاً انه لو ادعى الوصية وصدقه لم يجب عليه الدفع حتى
 يثبت بالبينة الموت والوصية .
 ٣٧٢١ - وقالوا : لو ادعى ان اباه مات وانه وارثه لا وارث له غيره لزمه
 الدفع اليه :

فصل

إنكار الغريم

٣٧٢٢ - فان حضر الغريم وانكر الوكالة كان لمن عليه الدين ان يحلفه بالله
 تعالى ما قبض بامرك ووكالتك له .
 ٣٧٢٣ - فان حلف يرجع الغريم عليه بالدين ويرجع الغريم على الوكيل بما
 قبض ان كان باقيا في يديه .

فصل

٣٧٢٤ - فان ادعى الوكيل انه سلمه الى الغريم اوضاع منه فالقول قوله
 عندنا في براءة نفسه ، ومن اصحاب الشافعي من قال لا يبرأ ويضمن
 الا ان يقيم بينة بالدفع الى الموكل فلا شيء عليه .

فصل

ادعى الوكالة والدين

٣٧٢٥ - فان ادعى الوكالة والدين فأقر الغريم بالدين وجحد الوكالة فطلب

الوكيل يمينه انه ما يعلم انه وكيل فلان بقبض ماله ، فان ابا حنيفة
رحمه الله تعالى روى عنه لا يحلفه .

٣٧٢٦ - وقال ابو يوسف يحلفه ما يعلم ان الطاب وكله بقبض ماله عليه .

٣٧٢٧ - واختلفت الرواية عنهم في الوارث هل يحلف ام لا ؟

فان حلف الغريم بلا شيء عليه ، وان نكل عن اليمين امره بدفع المال
ولا يكون ذلك قضاء على الغائب .

فصل

أنكر الدين وأقر بالوكالة

٣٧٢٨ - وإن أنكر الدين وأقر بالوكالة ، وأراد الوكيل أن يقيم البينة على
الدين لم يقبل القاضي ذلك ، ولا يكون وكيلاً ، ولا يثبت الحق ببينة
الا بعد اثبات الوكالة من الموكل .

فصل

الوكالة المشروطة

٣٧٢٩ - وإن وكله بان لا يقر عليه بحق ولا يبطل له حقاً ولا يعدل شاهداً
جاز ذلك على ما شرط بلا خلاف في ذلك من الناس .

فصل

خروج الوكيل من الخصومة

٣٧٣٠ - وكل وكيل أقر على موكله بما يبطل حقه خرج من الخصومة بانقاضي
وكاه للموكل ان يطالب بحقه بنفسه او بغيره عند من لم يجز اقراره

عليه من الناس على ما تقدم بيانه .

فصل

٣٧٣١- وحكى ابو الليث عن ابي يوسف رحمهما الله تعالى انه اجاز وكالة الحاضر للنساء ومنع في الرجل ، وان ابن ابي ليلى اجاز ذلك للبكر دون الثيب والرجل في خلافه لاصحابنا (١)

فصل

توكيل اثنين

٣٧٣٢ - ومن وكل اثنين بالخصومة او قضاء ديونه جاز لأحدهما فعل ذلك عند علمائنا الثلاثة .

٣٧٣٣ - وقال زفر رحمه الله تعالى لا يجوز الا ان يجتمعا على ذلك .

٣٧٣٤ - وانفقوا على انه لو وكلها بالقبض لم يقبضا الا جميعاً .

فصل

الوكيل أمين

٣٧٣٥ - وللوكيل أمين فيما في يده ، والقول قوله في ضياع المال وتلفه ورده على صاحبه لأنه نائب عن الموكل في اليد والتصرف .

فصل

الوكالة ببيع سلعة

٣٧٣٦ - وان وكله ببيع سلعة فباعها وقبض ثمنها فتلف الثمن ثم استحق

(١) المقصود بهذه العبارة على ما يظهر كتاب مختلف الرواية لأبي الليث

السمرقندي :

المبيع رجع على الوكيل ثم رجع الموكل على الموكل .
٣٧٣٧ - وقال الشافعي رحمه الله لعالي يرجع على الموكل لان البيع له وقع .

فصل

هل للوكيل أن يوكل غيره؟

٣٧٣٨ - وليس للوكيل ان يوكل غيره بمطابق الوكالة عنه (١)
٣٧٣٩ - قال ابن ابي ليلى يجوز له ان يوكل بمطلق الوكالة له ، وانفق الجميع
على انه لو قال افعل ما ترى او اجاز ما صنع فله ان يوكل من شاء .
٣٧٤٠ - وقال اصحابنا : لو باع بحضرة الموكل واجاز ما صنع جاز وكان
كأنه هو الذي تورى ذلك .
٣٧٤١ - وقال زفر لا يجوز .

فصل

٣٧٤٢ - واداجعل اليه ان يوكل غيره ومات صاحب الحق بطلت الوكالة
منهما جميعاً ، فاذا مات الوكيل الاول فالثاني على وكالته، وكذلك
ان اخرج الموكل الاول فالثاني على وكالته . (٢)
٣٧٤٣ - وان اخرج الوكيل الاول الثاني من الوكالة فهو اخراج .

فصل

٣٧٤٤ - ومتى ثبت الحق على المطلوب وقول : حلف الوكيل انه لا يعلم ان
الطالب قبض حقه منه ، فلا يمين على الوكيل ، وان قال : اريد يمين
الطالب حتى اسلم الى الوكيل قبل له : ادفع الى الوكيل واتبع

(١) مختصر الطحاوي ، ص ١٠٨ - ١٠٩

(٢) هذا معناه ان الوكيل الثاني يعد وكيلا للموكل .

الطالب واستحلف ، لأن البمين لا يجب على الوكيل ٥

فصل

٣٧٤٥ - وقالوا لو وكل رجلين بطاب حقوقه والخصومة فيها ، فحضر احدهما ومعه خصم فهو وكيل في خصمته وإثبات الحق عاياه ، الا انه لا يقبض دون صاحبه ، حكى الخصاص ذلك من غير خلاف ، وهو على الخلاف المتقدم بلا شك فيه ، والله تعالى اعلم .

باب

ما يبطل الوكالة

٣٧٤٦ - اتفق أصحابنا رحمهم الله تعالى على أن الوكالة تبطل بثبوت كل واحد منهما ، وانها لا تورث .

فصل

٣٧٤٧ - وان باع الموكل ما وكل عليه ببيعته بطلت الوكالة وان لم يعلم الوكيل بذلك لانه زال ملكه منه (١)

فصل

عزل الوكيل وهو لا يعلم

٣٧٤٨ - وان عزل الوكيل وهو لا يعلم لم يعزل عندها وكذلك ان عزل

(١) يمكن تعميم حكم هذه الفاعلة بأن نقول اذا قام الموكل بإيقاع ما وكل به انقضت الوكالة وان لم يعلم الوكيل بذلك .

نفسه بغير علم الموكل فهو على وكالته حتى يعلم .
٣٧٤٩ - خلافت الشافعي رحمه الله تعالى في الفصلين جميعاً .

فصل

جنون الموكل وورثته

٣٧٥٠ - ولو جن الموكل جنوناً مطبقاً أو ارتد ولحق بدار الحرب بطلت الوكالة
وإن رجع الموكل مسلماً لم ترجع الوكالة .

فصل

جنونه ساعة

٣٧٥١ - ولو جن ساعة لم يخرج وكيله لأنه بمنزلة النوم والاعشاء والقياس
يوجب خروجه من الوكالة (١) .

فصل

ارتداد الوكيل

٣٧٥٢ - وكذلك الوكيل لو كان هو المراد فقد خرج من الوكالة ،
٣٧٥٣ - وقال محمد بن الحسن : يعود وكيله إذا عاد مسلماً لأن ملكه لم يزل
عن شيء كما زال ملك الموكل .

فصل

علم القاضي بالوكالة

٣٧٥٤ - وإذا علم للقاضي بأنه وكيل أنفذ له الوكالة وأمر الخصوم أن يدينوا له ،
كذلك أن علم بالعزل صرفه من الوكالة لأن علمه طريق إلى البت الحق كالبيان .

(١) الظاهر وجوب التفرقة فإن جنون ساعة من لم يعهد منه جنونه من قبل لا يعد
جنوناً ما لم يثبت كونه مقدمة جنون لاحق وعرضاً من اعراضه ، والأدهو
توتر عصبي عارض فقياسه على النوم والاعشاء وغيرهما من العوارض الطبيعية
الموقوتة صحيح ، أما جنونه ساعة ممن عهد منه جنون سابق فالقياس بحمله على
الجنون لأنه نوبة متجددة .

٣٧٥٥ - هذا اذا علم بذلك بعد الولاية ، في عمله وان كان في غير عمله وقبل ولايته لم يحكم بعلمه ،

٣٧٥٦ - وهذا قول ابي حنيفة رحمه الله تعالى من غير خلاف عنه .

٣٧٥٧ - وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي وغيرهم رحمهم الله تعالى :
ذلك كله سواء ، ويجوز الحكم بما عليه في جميع (الامور) الا
الحدود خاصة .

٣٧٥٨ - وحكى ابو ، وسى في مختصره بان من أصحابنا من قال يحكم بما علمه
في الحدود أيضاً ، وحكى ان مالكاً قال لا يحكم بعلمه في شيء اصلاً .
٣٧٥٩ - وقد حكينا عن محمد بن الحسن رحمه الله تعالى انه قال ذلك ايضا ،
وانه قال اذا قال الحاكم ان هذا قد اقر عندي بالزنا فارجدوه لم يسع
الناس ذلك ولم يرجم ، قال وليس هذه الطاعة لخلق بعد النبي محمد
صلى الله عليه وسلم ، والزمه اصحابنا انه لا يجوز قضاء قاض
حتى يكون معه شاهدان ويذكران معه في العهد .

فصل

٣٧٦٠ - وكل من لا يقضي له الفاضي الا بعد ان يحلف المدمي فان الوكالة به
لا تصلح وهذا كارد بالعيب ، واخذ الشفعة ، واستيفاء ما يحكم به
على الميت ، وهذا يجرى على قول ابي يوسف ، وما روى
عن ابي حنيفة .

٣٧٦١ - وذكر في الخصاص مسألة الرد بالعيب انه لا تصح الوكالة به من
غير خلاف ذكره .

٣٧٦٢ - وذكر الطحاوي مسألة العيب والشفعة وذكر الخلاف في ذلك انه
لا يحكم له حتى يحلف عند أبي يوسف ، وعند أبي حنيفة يحكم الا أن

يطلب الخصم فيحلف ، ولا يحلف من غير طلب في ردد مصل
الايان من هذا الكتاب .

٣٧٦٣ - وكتاب الوكالة من الكتب الكبار ، وفيه كل مسألة عجيبة من
المسائل ، وفي الذي ذكرته مسائل الخلاف وبعض ما تمس الحاجة
لثلا يطول الكتاب .

٣٧٦٤ - واذا قد ذكرنا الوكالة وكانت تستفاد من جهة الامر واختصت
بحال الحياة وكان يحتاج الى التصرف بعد الموت (بالوصية وجب)
ذكر ذلك .

كتاب الوصايا^(١)

وهذا كتاب الوصايا

الحاجة إلى الوصية

٣٧٦٥ - اعلم ان الحاجة داعية الى الوصية ، مثل ما دعت الى الوكالة في حال الحياة لان الانسان يحتاج الى أشياء يفعلها بعد موته ، يكون فيها نجاته من ربه في معاملاته ، وقضاء ديونه ، وما عليه من للتدور والقروض التي تركها ، اما عهداً او سهواً ، او اختاراً بالحياة وسكوناً الى البقاء .

سند الوصية من السنة

٣٧٦٦ - وقد وصى النبي (ص) والائمة الراشدون بعده ، فارصى النبي (ص) الى علي ، وابو بكر الى عمر وعمر الى اصحاب الشورى ، ووصى الى الزبير سبعة من اصحاب النبي (ص) منهم عثمان والمقداد وعبد الرحمن

(١) جاء في لسان العرب في مادة (وصى) : اوصى الرجل ووصاه عهد اليه . . . واوصيت له بشيء واوصيت اليه اذ جعلته وصيك واوصيته ووصيته ايضاء وتوصية بمعنى . وتواصى القوم اوصى بعضهم بعضاً ، وفي الحديث واستوصوا بالنساء خيراً فانهن هنكم عواناً والاسم الوصاة والوصاية والوصاية والوصية ايضاً ما اوصيت به ، والوصى : الذي يوصي والذي يوصى له وهو من الاهداد .

بن عوف وابن مسعود فكان يحفظ عليهم اموالهم وينفق على
ايتامهم من ماله .

فصل

حديث سعد

٣٧٦٧- وروي ان سعداً (١) اشتكى عام الفتح فجاءه النبي صلى الله عليه
وسلم بعوده فقال يا رسول الله ان لي مالا كثيرًا وليس يرثني الا ابنتي
افأوصي بهالي كله ؟
فقال : لا
فقال فبالشطر منه ؟
فقال لا
فقال فبالثلث ؟
قال :

= ابن سيده : الوصى : الموصى والموصى ، والاثنى وصى ، وجمعهما
جميعاً اوصياء ، ومن العرب من لا يثنى الوصى ولا يجمعه .
الليت : الوصاة كالوصية .

وقواه عز وجل : (يوصيكم الله في اولادكم ومعناه بفرض عليكم
لأن الوصية من الله انما هي فرض ، والدليل على ذلك قوله تعالى
(ولا تقتلوا النفس التي حرم الله الا بالحق ، ذلكم وصاكم به) وهذا من
الفرض المحكم علينا .

(١) خرج هذا الحديث في كتاب الآثار لأبي يوسف بالفاظ متقاربة
(الرقم ٧٨٣) وروى فيه اثر آخر يعضده من ابي حنيفة عن حماد عن
ابراهيم أنه قال : ليس للميت من ماله الا الثلث ، واخرج الحديث =

الثالث والثالث كثير ، لأن تدع ورثتك اغنياء خير من ان تدعهم مالة
يتكففون الناس .

فقه خبر جواز الوصية بالثالث

٣٧٦٨ - وفي هذا الخبر من الفقه :

جواز اعادة المريض

والثاني يدل على جواز اقتناء المال الكثير

والثالث انه لا تجوز الوصية بما زاد على الثالث

والرابع ان الثالث في حيز الكثير الجائر

والخامس ان النهي عن الوصية انما هو لاجل الورثة

والسادس ان غنى الورثة امر مندوب اليه عن للناس (١)

ففيه هذه الوجوه كلها .

= الاول الامام محمد بن الحسن الشيباني ايضا في الاثار عنه وقال : وبه نأخذ ،
لا تجوز الوصية لاحد باكثر من الثالث ، فان اوصى باكثر من الثالث ، فاجاز
ذلك الورثة بعد موته فهو جائز ، وليس للوارث ان يرجع فيما اجاز ،
وهو قول ابي حنيفة ، واخرجه في الموطأ عن مالك عن الزهري عن عامر
بن سعد عن ابيه والشافع الى ذلك مثل ما ذكر وزاد ان الورثة ان ردوا
رجع ذلك الى الثالث ، لان النبي (ص) قال : الثالث والثالث كثير فلا يجوز
لاحد وصية باكثر من الثالث الا ان يميز الورثة ، وهو قول ابي حنيفة العامة
من فقهاء الحنفية .

(١) كذا سياق الجملة في النسختين والاصواب غناء الورثة عن الناس أمر
مندوب اليه .

آثار أخرى في الوصية

٣٧٦٩ - وروى ابن عمر عن النبي (ص) أنه قال : مامن حق أمريء مسلم يمر عليه ليلتان وله شيء يوصي به الاوصيته مكتوبة عند رأسه وروى ان النبي عليه السلام قال :
ان الله تعالى جعل لكم ثلث اموالكم في آخر اعماركم ، وقد روى عن النبي عليه السلام انه قال : لا وصية لوارث الا ان يجيزها الورثة رواه عمرو بن خارجة (١) وابو امامة الباهلي (٢) ورواه الحسن بالزيادة الا ان يجيزها الورثة وأولئك بغير زيادة (٣)

(١) جاء في اسد الغابة (١٠٢/٤) :

عمرو بن خارجة بن المنتفق الأسدي حليف أبي سفيان بن حرب وقيل خارجة بن عمرو والاول اصبح ، يعد في الشاميين ، روى عنه عبد الرحمن بن غنم الاشعري . (روى عنه) انه قال خطبنا رسول الله (ص) بمنى وهو على ناقته واني لتحت جيرانها ولعابها يسيل بين كفتي ، وانها لتقصع بجرتها يقول :

- ان الله عز وجل قد اعطى كل ذي حق حقه من الميراث ، ولا وصية لوارث ، الولد للفراس وللعاقر الحجر ، اخرجته الثلاث .

(٢) هو صدى بن عجلان بن الحارث وقيل عجلان بن وهب ابو امامة الباهلي السهمي . جماله بعضهم في بني سهم مسن باهلة وخالفه غيره ولم يختلفوا انه من باهلة . غلبت عليه كنيته ، مكن مصر ثم انتقل فسكن حمص ومات بها سنة (٨١) أو ٨٦ هـ وكان من المكثرين في الرواية واكثر حديثه عند الشاميين ومما روى عنه في الاحاديث انه سمع يقول : سمعت رسول الله (ص) يقول :

فصل

٣٧٧٠ - الرصية بالثلث جائزة على الورثة وان سخطوا وان كان يغبيرهم،
والمستحب ان كانوا فقراء ان لا يوصي بشيء لغيرهم .

= اكفلوا لي بست اكفل لكم الجنة :

اذا حدث احدكم فلا يكذب .

واذا اؤتمن فلا يخون .

واذا وعد فلا يخلف

غضوا ابصاركم

وكفوا ايديكم

واحفظوا فروجكم

وعن سليمان بن حبيب الحاربي قال :

دخلت مسجد حمص فاذا مكحول وابن ابي زكريا جالسان :

فقال مكحول :

لو قمنا الى ابي امامة صاحب رسول الله (ص) فأديننا من حقه وسمعنا منه :

قال : فقمنا حتى اتيناه ، فسلمنا عليه ، فرد السلام ثم قال :

ان دخولكم على رحمة لكم وحجة عليكم .

ولم ار رسول الله (ص) من شيء اشد خوفاً على هذه الأمة من

الكذب والعصية الا واياكم والكذب والعصية ، الا وانه امرنا ان

نبلع ذلك عنه ، الا وقد فصلناه ، فأبلغوا عنا ما قد بلغناكم . (اسد الغابة

ج ٥ ص ١٣٨ - ١٣٩ ، ج ٣ ص ١٦-١٧)

(٣) اجاز القانون المدني الوصية للوارث في ثلث التركة بدون اجازة سائر

الورثة وجعلها فيما جاوز ذلك لاتنفذ الا باجارة الورثة . (١٠٨ منه)

فصل

متى يعتبر الثلث

٣٧٧١ - والثلث يعتبر يوم الموت لا يوم الوصية لان الموت هو السبب في جواز ذلك وحصول الملك به .

فصل

- ٣٧٧٢ - وتفتقر الى قبول لانها عقد تبرع كالهبة ، والوكالة .
٣٧٧٣ - ومن اصحاب الشافعي من اعتبر الثلث يوم الوصية .
٣٧٧٤ - فان كان له مال صحت الوصية به ، وان استفاد مالا بعد ذلك لم تصح فيه الوصية .
٣٧٧٥ - لانه عقد يقتضي اعتبار المال فاعتبر بحال العقد ، كما أُنذِر أن يتصدق بثلث ماله ، فعلى هذا اذا اوصى وثلث ماله الف فصار عند الوفاة الفين لم تلزمه الزيادة . ولو اوصى وله مال فهلك بطلت الوصية .
٣٧٧٦ - ومنهم من قال مثل قولنا وهو الصحيح من المذهب .

فصل

- جواز الوصية في ماله وفيمن يلي عليه في ماله
٣٧٧٧ - ونجوز وصية الانسان في ماله ومن يلي عليه في ماله من ولده الصغار والكبار المجانين ، الا في تزويج الصغار فانه لا يجوز .
٣٧٧٨ - وقد روى عن ابى حنيفة جواز ذلك
٣٧٧٩ - وهو قول مالك وابي ثور

٣٧٨٠ - وقد روى في خبر قدامه بن مظعون (١) لما زوج ابن عمر ابنة أخيه وقال اناعمها ووصى ابيها، وذكر الخبر الى ان قال انها يتيمة، وانها لا تنكح الا باذنها، ولانها ولاية تستحق بالشرع فكان اولى من الوصي .

فصل

ما تجوز الوصية فيه من الحقوق

٣٧٨١ - وتجوز الوصية في كل حق تجوز النيابة فيه عن الانسان من دين اوحج

(١) جاء في اسد الغابة ١٩٨/٤ - ٢٠٠ :

قدامة بن مظعون بن حبيب بن وهب القرشي الجمحي يكنى ابا عمرو وقيل ابو عمر ، وهو خال عثمان بن مظعون وخال حفصة وعبدالله ابني عمر بن الخطاب (ر) وكان تحته صفية بنت الخطاب وهو من السابقين الى الاسلام ، هاجر الى الحبشة مع اخوية عثمان وعبدالله ابني مظعون ، وشهد بدرا وسائر المشاهد مع رسول الله (ص) قال عروة وابن شهاب وموسى وابن اسحق ، قال ابن عمر : توفي خالي عثمان بن مظعون فاوصى بي الى اخيه قدامة فزوجني بنت اخيه عثمان ، ودخل المغيرة بن شعبة على امها فأرغبها في المال، ورأى الجارية مسع امها ، فبلغ ذلك رسول الله (ص) فسأل قدامة فقال : يا رسول الله ! بنت اخي ولم آل ان اختار لها .

فقال : الحمة بهاوها فأنها الحق بنفسها فانتزعها مني وزوجها المغيرة بن شعبة واستعمل عمر بن الخطاب قدامه على البحرين وحده بعد ذلك لشربه الخمر .

او زكاة او وديعة، لانه اذا جاز ان يوصي في حق غيره
فحقه اولى .

فصل أهلية الموصي

٣٧٨٢ - وكل من ملك التصرف في ماله بالبيع والهبة فله الوصية في وجوه
القرب كلها .

فصل

٣٧٨٣ - والمستحب لمن وجب عليه كفارة او عبادة ان يؤدي ذلك في حال
حياته ولا يؤخر ذلك الى ما بعد الموت ، ويجوز (١) ان يمرض
ما يمنعه من ذلك .

فصل

٣٧٨٤ - فان اوصى بذلك اعتبر جميع ما يخرج من القرب والحج والزكاة
والكفارات من الثلث .

٣٧٨٥ - وقال الشافعي يعتبر من جميع المال كالدين ، وعندنا كل ذلك يسقط
بالموت فلا يجب قضاؤه من التركة .

فصل الوصية بالقرب

٣٧٨٦ - وان اوصى بالحج والزكاة ووجوه القرب من عتق النسمة ولانسان

من غيرهم والثالث يحتمل ذلك فلا كلام فيه ، ولا خلاف انه يجوز ،
وان كان الثلث لا يحتمله ولا يجيز الورثة تخصا جميع في الثالث .

فصل

ما يبدأ به من الوصية

٣٧٨٧ - واختلف اصحابنا فيما يبدأ به من ذلك فقال الطحاوي يبدأ بالزكاة
ثم الحج ثم الكفارات .

٣٧٨٨ - وقال ابو الحسن يبدأ بما بدأ به الموصي في اللفظ .

٣٧٨٩ - وقال ابو موسى في مختصره عن اصحابنا انه يبدأ بما بدأ به في
اللفظ الا ان يكون حجة الاسلام فانه يبدأ بها وان اُخرت .

تخصا الوصية بالحج وبنسمة

٣٧٩٠ . وان كانت الوصية بنسمة بعينها والحجة حجة الاسلام فانهما يتحصان
على كل حال .

٣٧٩١ وقال عن نفسه انه يرى ان يتحصا في هذه الوجوه كلها ، ولا ابالي
حجة الاسلام كانت او النسمة بعينها او بغير عينها ، ولا انظر الى
ما قدمه الموصي في اللفظ او آخره ، لان الجميع يلزم بالموت .

فصل

٣٧٩٢ - ويعتبر الثلث يوم الموت ، ويجوز على الورثة وان كرهوا لانه
لا خلاف في ذلك .

فصل

٣٧٩٣ - وينبغي ان يدع من الثلث شيئا للورثة لقوله عليه السلام « الثلث

والثلث كثير ، لان لدع ورثتك اغنياء خبر من ان تدعمهم حالة
يتكفون الناس .

فصل

الوصية بما زاد

٣٧٩٤ - وان اوصى بما زاد على الثلث ، او لوارث ، وقف على اجازة
الورثة ، فان اجازوا ذلك جاز ، وان ردوا بطل .
٣٧٩٥ - وللشافعي قولان فيما زاد احدهما انه لاتصح الوصية به ، والثاني تصح

تكييف الوصية

٣٧٩٦ - وهل يكون ذلك تمليكا من جهة الميت اذا اجاز الورثة او من
جهة الورثة ؟
٣٧٩٧ - على قولين احدهما من جهة الميت ،
٣٧٩٨ - وبصح بلفظ الاجازة ، ويكون الولاء للميت ، ان كان ذلك عتقا .
٣٧٩٩ - والثاني (١) من جهة الورثة كما يعتبر في الهبات وقبول الموصي له
ذلك ، ويكون الولاء لهم ان كان عتقا دون الميت ، ويتحاصون ان
كان الثلث لا يبلغ ذلك
٣٨٠٠ - وقد روينا أنه عليه السلام قال «لا وصية لوارث الا ان يجزها الورثة»

فصل

هل للورثة الرجوع في الاجازة

٣٨٠١ - وان اجاز الورثة في حياة الموصي فلهم الرجوع بعد الموت ، لأنهم

(١) هذه الجملة الى كلمة (عتقا) لم ترد في نسخة المعهد .

استقطوا الحق قبل وجوبه ووجود سببه .

وهو قول الشافعي .

٣٨٠٢ - وقال ابن أبي ليلى ومالك يجوز ذلك ولا رجوع لهم في ذلك ، كما لا يملكون الرجوع بعد الموت .

فصل

أوصى بثلث وآخر بنصف

٣٨٠٣ - فان كان اوصى لرجل بثلث ماله ، وآخر بنصف ماله ، فان اجاز الورثة أخذ كل واحد ما وصى له به وان ردوا قسم الثلث بينهما بالسوية عند أبي حنيفة وزفر ، حكاه أبو موسى في المختصر ، لان السدس الزائد على الثلث قد استحقه الورثة فلا يضرب به مع انه قد بطل .

٣٨٠٤ - وقال أبو يوسف ومحمد يقسم الثلث - الى خمسة أسهم لصاحب النصف ثلاثة ولصاحب الثلث اثنان ، وهو قول الشافعي ؟ وجعلوا ذلك كالمول في الفرائض والدين .

فصل

وصى بجميع ماله وآخر بنصفه

٣٨٠٥ - ولو وصى لرجل بجميع ماله ، وآخر بنصفه ، فلم يجز الورثة فالثلث بينهما نصيبين ، لأن كل واحد لا يضرب بما زاد على الثلث في قول أبي حنيفة ، ون اجاز الورثة قسم المال بينهما على اربعة اسهم لصاحب الجميع ، ثلاثة ارباع ولصاحب النصف الربع عند أبي حنيفة .

٣٨٠٦ - واختلف أبو يوسف ومحمد في تفسير قوله فقال أبو يوسف يأخذ صاحب الكل النصف بلا منازعة والنصف الباقي يقسم بينهما نصفين فيكون له ثلاثة أرباع .

٣٨٠٧ - وقال محمد يقسم الثلث بينهما بالوصية يأخذ صاحب الكل الثلث الزائد على النصف ، ويتساويان في دعوى السدس فيقسم بينهما نصفين فيصير له الربع ، اعني صاحب النصف .

٣٨٠٨ - ولقد ضعف هذا الطريق وهذا التفسير .

٣٨٠٩ - وعلى قولهما يقسم المال على سبيل العول فيكون لصاحب الكل الثلثان ولصاحب النصف الثلث فيقسم ذلك الى ثلاثة اسهم .

فصل

وصى بالربع ولاحر بالثلث ولاحر بالنصف

٣٨١٠ - ولو وصى لرجل ربع ماله ، ولاحر بثلث ماله ، ولاحر بالنصف ، فان أجازوا قسم على ثلاثة عشر سهما . لصاحب الربع ثلاثة ، ولصاحب الثلث اربعة ، ولصاحب النصف ستة ، هذا قول ابي يوسف ومحمد .

٣٨١١ - وكذا يقسم الثلث على ثلاثة عشر اذا لم يحز الورثة على قولهما وعلى قول ابي حنيفة اذا لم يحز الورثة فعلى قول ابي يوسف في تفسيره لصاحب الثلث اربعة ولصاحب النصف اربعة ولصاحب الثلث ثلاثة لأنه يضرب بما زاد على الثلث فيكون الثلث على أحد عشر سهما .

٣٨١٢ - واما اذا جاز الورثة فعند ابي يوسف وطريقه يأخذ صاحب النصف السدس بلا منازعة ، وذلك سهمان من اثني عشر ، يأخذ صاحب النصف والثلث نصف سدس وهو الزائد على الربع ، فيصير المال اربعة وعشرين لأن لها سدسا ونصف السدس وهو الزائد على الربع

فيصير المال اربعة وعشرين لان لما سدسها ونصف السدس وهو الزائد على الربع فيصير المال اربعة وعشرين لان لما سدسها ونصف سدس صحيح يبقى ما وقع عليه المنازعة وهو ستة عشر لانصح على ثلاثة فاضرب ثلاثة في اثني عشر يكون ستة وثلاثين سها لصاحب النصف ستة بلا منازعة ونصف سدس وهو ثلاثة بلا منازعة صاحب الثلث فيصير الجميع تسعة وله ثمانية بالقسمة فيكون الجميع الذي يصيبه سبعة عشر ولصاحب الثلث احد عشر ولصاحب الربع ثمانية ، وهذا وجه تفسير ابي يوسف عن ابي حنيفة .

٣٨١٣ - وعند محمد اذا اخذ صاحب النصف السدس بقي الثلث فيضرب كل واحد بمقدار حقه فيضرب صاحب الثلث بالثلث وصاحب النصف بالنصف وصاحب الربع بالربع . يكون لصاحب النصف بمقدار النصف وللآخر بمقدار الثلث وللآخر بمقدار الربع وتصبح المسألة من ثلثمائة واثنى عشر فيكون لصاحب النصف مائة واثنى سبعين ولصاحب الثلث ثمانين ولصاحب الربع ستين .

٣٨١٤ - وقد طعن اصحابنا في هذا القول .

فصل

أوصى بثلاث ولآخر بجميع ماله

٣٨١٥ - وعلى هذا لو وصى لرجل بثلاث ماله ، ولآخر بجميع ماله ، فاصحاب الجميع خمسة اسداس المال ، واصحاب الثلث السدس لانه لا ينازعه في الثلثين وقد تساويا في الثلث .

٣٨١٦ - وعند ابي يوسف ومحمد ينقسم على اربعة لانهما يقسمان على القول .

٣٨١٧ - وهو قول الشافعي .

٣٨١٨ - وقد روى (الحسن) بن زياد ذلك عن ابي حنيفة حكاه ابو الليث في خلاف اصحابنا له على طريق غير طريقهما .

فصل

لو وصى لرجل بعبد ولآخر بنصفه

- ٣٨١٩ - وعلى هذا لو وصى لرجل بعبد ولآخر بنصفه ، وهو يخرج من
الثالث قسم بينهما على اربعة اسهم : ثلاثة اسهم لصاحب الكل والرابع
لصاحب النصف لتساويهما في النصف .
- ٣٨٢٠ - وعندهما يقسم على ثلاثة اسهم الثلثان لصاحب الجميع والثالث
لصاحب النصف .

- ٣٨٢١ - وكذلك الخلاف اذا ادعى رجل داراً في يد آخر نصفها واقام كل
واحد منها البينة قسمت على هذا الخلاف .
- ٣٨٢٢ - واتفقوا على انه يضرب كل واحد بما دون الثلث وان كثر كالأربع
والسدس والخمس وسائر اجزاء الثلث ، وهذا قولهم جميعاً .

فصل

الإدلاء بسبب صحيح

- ٣٨٢٣ - وأصل ابني حنيفة ان كل من ادلى (١) بسبب صحيح فهو يضرب
به ، والسبب الصحيح عنده كل ما كان قوياً في نفسه لا يحتاج الى معنى
آخر ينضم اليه ، فعلى هذا لا يضرب بما زاد على الثلث لانه يحتاج
الى الاجازة والثالث لا يحتاج الى ذلك لانه صحيح .
- ٣٨٢٤ - وأصل آخر انه لا يضرب بما زاد على الثلث الا بالدراهم المرسله

(١) دلوت بفلان اليك اى استشفعت به اليك وهريدى بوجهه اى يمت بها
(لسان العرب مادة ولا) .

وبقيمة الله ان كان موسى بعثته وبقيمة العبد ان كان معتقا في
المرض ، وبمحاباة في البيع ان كان محاباة به ، وان لا يضرب بما
سوى ذلك .

٣٨٢٥ - وعند ابي يوسف يضرب بذلك كله .

٣٨٢٦ - وكل الرصايا عنده سواء .

٣٨٢٧ - وهو قول محمد .

وقد مضى اصلهما في ذلك .

باب ما يكون قبولاً للوصية

وما يكون رداً لها

فصل

٣٨٢٨ - اتفق اصحابنا على ان الوصية اذا كانت لمعين انه يحتاج الى قبول الوصية ، وهو قول الشافعي ، وان كانت لغير معين كالفقراء والمساكين ووجوه القرب لم يحتاج الى ذلك .

فصل

٣٨٢٩ - ولو اوصى الى رجل وقال لا اقبل فهو رد لها ، ولا يجوز قبوله بعد ذلك لانه عقد فبطل بالرد كالبيع .

فصل

٣٨٣٠ - ولورد في غيبة الموصى ثم مات وقبل فهو جائز الا ان يخرج منه القاضي ، لان الوصية انها تتم بعد الموت فقد رد قبل ثبوت الحق .

فصل

الرد برسول أو كتاب

٣٨٣١ - وان ردها برسول أو كتاب فهو رد لها لأن ذلك قائم مقام

لطلقه بالرد .

فصل

٣٨٣٢ - وقالوا لو لم يصل الكتاب ولابلغ الرسول ثم مات وقبل فهو وصي ذلك ليس اذا لم يبلغ .

فصل

الرد في وجهه

٣٨٣٣ - ولا يكون رد الوصية في غير وجهه ردآ .

٣٨٣٤ - وقال الشافعي يكون ردآ لها بناء على أصله ان علم الوكيل لايعتبر في فسخ الوكالة .

فصل

٣٨٣٥ - ولو اوصى لرجل فرد ذلك وقال لااقبل ثم مات وقبل فهو جائز .

٣٨٣٦ - وقال زفر : اذا رد في وجهه لم يكن اه ان يقبل بعد ذلك . لانفسقط حقه قبل وجوبه كالشفيع قبل البيع .

فصل

لا رد بعد قبول الوصية بعد الموت

٣٨٣٧ - ولو قبل الوصية بعد الموت لم يكن له ان يردها بعد ذلك لانها لزمّت وصحت .

فصل

الرد بعد الموت

٣٨٣٨ - ولو ردها بعد الموت ولم يقبلها فهو رد ، ولا يكون له ان يقبل بعد هذا لأن الإيجاب بطل بالرد كإيجاب البيع .

فصل

موت الموصى له

٣٨٣٩ - ولو مات الموصى له في حياة الموصي له او مع موته بطلت الوصية لأن ذلك انها هو إيجاب بعد الموت فبطل بموت الموصي له .

فصل

٣٨٤٠ - ولو مات الموصى ثم مات بعده الموصى له ولم يقبل ولم يرد فهو قبول وينتقل عند علمائنا الثلاثة .

٣٨٤١ - وقال زفر : يكون لورثة الموصي ولا يملكها الموصي له .

٣٨٤٢ - وهو قول الشافعي .

٣٨٤٣ كما لا يملك البيع بموت المشتري قبل القبول .

٣٨٤٤ - وشبه اصحابنا ذلك بمن له الخيار اذا مات بطل خياره ، وملك

الورثة ذلك ، لأن الوصية لزمت من جهة الموصي بحيث لا يلحقها الفسخ .

فصل

الرد بعد القبول قبل القبض

٣٨٤٥ - وان رد القبول قبل القبض لم يصح رده ، لانه ملكه ملكاً تاماً ،

فصار كالرد بعد القبض .

٣٨٤٦ - ولأصحاب الشافعي وجهان .

أحدهما هذا

والثاني قالوا : يصح الرد ، وهو المنصوص ، لأنه تمليك من جهة آدمى من غير بذل فصح رده قبل القبض كالهبة .

فصل

٣٨٤٧ - وقالوا إذا لم يرد ولم يقبل كان للورثة المطالبة بالقبول أو الرد ، فإن امتنع من القبول أو الرد حكم عليه بالرد ، لأن الملك متردد بينهما بين الورثة كما لو حجر أيضاً وامتنع من أحيائها .

فصل

موت الموصى له بعد موت الموصي

٣٨٤٨ - وقالوا : إذا مات بعد موت الموصى فالقبول إلى وارثه والرد .

٣٨٤٩ - وعندنا قد ملكوا بهوته ولا يفتقر إلى قبولهم ، ولا يبطل بردهم ، وقد مضت .

باب

من تجوز له الوصية ومن لا تجوز
وما يجوز الوصية به وما لا يجوز

٣٨٥٠ - اعلم انه قد كانت الوصية واجبة للوالدين والاقربين (١) ، وذلك

(١) هذا الاطلاق محل نظر فقد اشار الجصاص في احكام القرآن (١/١٩١) =

ملسوخ عندنا لقوله عليه السلام : لا وصية لوارث بعد قوله ان الله تعالى قد اعطى كل ذي حق حقه ، وهو قول عامة الفقهاء .

٣٨٥١ - وان اوصى لوارث صحت الوصية ووقفت على اجازة سائر الورثة لقوله عليه السلام الا ان يجيزها الورثة ، ويعتبر في اجازة الورثة ان يكون المجيز بالغا عاقلاً صحيحاً .

٣٨٥٢ - فان كان مريضاً اعتبر ما يجوز من الثلث كما لو وصى بوصية .

فصل

اجازة الوارث قاصره

٣٨٥٣ - ومن اجاز من الورثة لزم في حقه ولا يلزم من لا يجيز ، لأن من اسقط حقه لزمه الحكم كالشفيع اذا اسقط من حق الشفعة .

فصل

الوصية لحرى

٨٣٥٤ - ولا يجوز الوصية لحرى في دار الحرب وان اجازها الورثة ، وان كان في دار الاسلام جازت .

٣٨٥٥ - وقال الشافعي يجوز في الحالين .

٣٨٥٦ - لأن اختلاف الدار يمنع من ثبوت الحقوق لنا عليهم ، ولهم علينا ،

== الى ان كون الوصية للوالدين والاقربين كانت واجبة محل نزاع فقال قائلون انها لم تكن واجبة وانما كانت ندباً وارشاداً ، وقال آخرون قد كانت فرضاً ، والظاهر ان هذه الآية كرسى في بادئ الأمر عرف العرب قبل الإسلام .

لأن الاموال (١) مباح اخذها لنا ، وفي دارنا ثبت الحقوقي :

١٩٥٧ - والمسلم والدمى فبقي على حكم الدار فصح الوصية له .

فصل

الوصية لقاتل

٣٨٥٨ - ولا تجوز الوصية لقاتل الا ان يجيز ذلك الورثة عند ابي حنيفة ومهد .

٣٨٥٩ - وقال ابو يوسف لا يجوز بحال .

٣٨٦٠ - وقال الشافعي تجوز .

٣٨٦١ - وقال مالك : ان كان قبل الجرح تجوز وان كان بعد الجرح لا تجوز

لقوله لاوصية لقاتل ، وليس للقاتل شيء ، ولأن الميراث أكد حالا

من الوصية وقد سقط بالقتل فالوصية اولى ، ومع اجازة الورثة نصبر

كسائر هبات الميت التي تقف على الاجازة .

٣٨٦٢ - وقال الشافعي ليس بوارث فينبغي ان تجوز الوصية له لانه كالأجنبي

وتعلق بدليل الخصاب في الخبر ، ودليل الخطاب ليس بحجة عندنا (٢)

٣٨٦٣ - وابو يوسف رحمه الله تعالى جعل ذلك كالميراث في انه عقوبة

للقاتل فلا يجوز .

فصل

الوصية بشيء أو حظ أو قسط إلخ

٣٨٦٤ - ومن وصى لرجل بشيء من ماله أو بحظ أو بقسط أو بجزء أو نصيب

فذلك كله سواء ، ويعطي ما احب الورثة في ذلك لان ذلك مجهول

(١) اي اموال الحربيين في دار الحرب .

(٢) دليل الخطاب هو ما يسمى في اصطلاح القانونيين بقياس المخالفة :

وهو أصل مختل فيه في الفقه الاسلامي كما أشار ابن رشد في بداية المجتهد

ج ١ ص ٣

والوصية تثبت في المجهول كالعتاق والطلاق.

فصل

الوصية بسهم من المال

٣٨٦٥ - ولو أوصى بسهم من ماله فأبو حنيفة يقول يكون له السدس ان كانت الفريضة اقل من ستة اسهم ، وان كانت اكثر فله أحسن سهام الورثة .

٣٨٦٦ - وروى عنه انه يعطى كأحسن سهام الورثة ما لم يزد على السدس فان زاد اعطاه السدس .

٣٨٦٧ - وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى له كاقبل سهام الورثة ما لم يزد على الثلث فان زاد اعطاه الثلث .

٣٨٦٨ - وقال الشافعي هذا كله مجهول وهو مثل النصيب والجزء .

٣٨٦٩ - وروى ابو حنيفة عن ابن مسعود ان رجلا أوصى لرجل بسهم من ماله فلم يدر ما يدفع اليه فارتفعوا الى النبي (ص) فجعل له السدس .

٣٨٧٠ - وعن ابن مسعود نفسه مثل ذلك .

٣٨٧١ - وقال ايمن بن معاوية ان السهم السدس ، والسهم حول فاضل على الفريضة واقل ماتعاه به الفريضة السدس .

فصل

أوصى بمثل نصيب ابنه

٣٨٧٢ - ولو أوصى بمثل نصيب ابنه ، ثم مات ولا وارث له غير الابن ،

فقد أوصى له بالنصف من ماله ، لان المثل يقتضي بالمساواة ، فان

اجاز الابن اخذ النصف وان لم يجز اخذ الثلث .

فصل

أوصى بنصيب ابن

٣٨٧٣ - وان أوصى لرجل بنصيب ابن وله بنون فالوصية باطلة، لانه أوصى بحق الغير فلا يجوز .

فصل

٣٨٧٤ - وان لم يكن له ابن ، كان للموصى له نصيب ابن ، لو كان له، من الميراث ، لانه لم يوص بحق الغير هنا ، فتصح الفريضة ، ويزيد عليها نصيب ابن لو كان ، ثم يزيد عليها مثل النصيب الموصى له، فيكون له من جملة الثلث ، لانه وصى بمثل نصيب ابن لو كان وهذا يقتضي مساواة الموصى له فيما يصل اليه ولذلك امثلة .

فصل

الوصية بالحمل وللحمل

٣٨٧٥ - والوصية بالحمل وللحمل جائزة ، واذا ولد ، ولما يعلم انه كان محمولا به يوم كانت الوصية لان اكثر ما في ذلك ان يكون مجهولا وفي ذلك تعليق له بخاطر وذلك لا يمنع الوصية .
٣٨٧٦ - وقياسا على الميراث انه يثبت للحمل .

فصل

٣٨٧٧ - ولو وصى بثلاث ماله لفلان وفلان فنظر فاذا احدهما ميت وهو

يعلم او لايعلم ، فالثالث للحي منهما عند ابي حنيفة ومحمد .

٣٨٧٨ - وروي عن ابي يوسف انه قال :

ان كان يعلم ان احدهما ميت فالثالث للحي ، وان كان لايعلم بذلك

فللحي نصف الثلث ، لان قوله لفلان لو سكت عليه ملك الوصية

فلما زاحمه من الانصح منه المزاحمة صار كما لو قال وللحائط .

٣٨٧٩ - وكذلك اذا قال ثلث مالي لفلان وللمولى فهو للحي .

فصل

٣٨٨٠ - ولو قال بين فلان وفلان واحدهما ميت وهو بذلك عالم فللحي

نصف الثلث .

فصل

٣٨٨١ - ولو قال ثلث مالي لفلان وفلان ثم مات احد الموصي لهما قبل موت

الموصي ، فللحي نصف الثلث ويعود نصفه الى ورثة الموصي ،

لان لفظة بين لا تقتضي الانفراق ، ولو سكت عليهما فالحي

يزاحم الميت .

٣٨٨٢ - ويقول ابي يوسف قال الشافعي ، وزاد على ذلك بان قال : ولو

وصى لفلان وجبريل او الجن فهو مثل مستثلنا .

فصل

تغليب العتق عند تنفيذ الوصية

٣٨٨٣ - والمريض اذا اعتق عبداً او وهب هبة او وصى لانس شتى او في

ابواب البر مع العتق فانه يبدأ بالعتق في هذا كله ، وهو قول ابن عمر

وابراهيم وسائر اصحابنا ، لان للعتق تغليبا وسراية فهو - و أكد ولا ينقض بعد ثبوته .

٣٨٨٤ - وقد حكى ابو موسى في مختصره ان عند بعضهم الثلث بينهم بالخصص اذا لم يحملهم الثلث .

قال ابو موسى وهو القياس والظن

فصل

٣٨٨٥ - وقال ابو حنيفة :

ان كان بدأ بالحباية ثم اعتق عبداً فالحباية اولى عنده ، وعند ما يبدأ بالعتق في ذلك كله على كل حال .

وان بدأ بالعتق ثم الحباية تحاصا وعتق من العبد مقدار ما يخصه وسعى في نفسه عند ابي حنيفة ، لانه اذا بدأ بالحباية وجب تقديمها لان فيها معنى المفارقة ، وقد حمل مزية التقديم باللفظ فصارت كالاقرار بالدين مع الوصية .

٣٨٨٦ - واذا قدم العتق فقد حصل لكل واحد مزية فتساويا .

فصل

٣٨٨٧ - وان اوصى ان يباع عبد بعينه من رجل بمثل قيمته فان ذلك يجوز ، وان لم يكن للميت مال غيره لأنه قد أعطى الوارث مثل ما أخذ منه .

٣٨٨٨ - ولو باع عبداً يساوي ثلثمائة بمائة في مرضه فان اجاز الوارث ذلك جاز ، وان لم يجز فالمشتري بالخيار ان شاء زاد مائة اخرى وجاز له البيع وان شاء فسخ ، وشبهه واذلك بمن اشترى ثوبا على انه ثمانية

اذرع كل ذراع بدرهم فاصيب تسعة فانه ان شاء زاد درهما واخذ
لثوب وان شاء فسح .

٣٨٨٩ - وقال زفر : يكون للمشتري ثلث الثوب بغير بدل اذا لم يجز الورثة
وثلث بمائة وثلث للورثة .

٣٨٩٠ - وقال غير اصحابنا يجوز للبيع في نصف العبد بخمسين فتدفع الى
الوارث ويدفع اليهم نصف العبد ، وان شاء المشتري ابطال وجعل
ذلك فيها دوراً .

قال ابو موسى وهو القياس والنظر .

فصل

٣٨٩١ - وان اوصى ان يحج عنه بمائة وكان الثلث لا يبلدها فانه يحج عنه
بالثلث من حيث بلغ ،

فصل

٣٨٩٢ - وان اوصى بأن يعتق بها نسمة فأبو يوسف يجعل ذلك كالحج ويعتق
عنه نسمة بها عجل الثلث .

٣٨٩٣ - وقال ابو حنيفة ابطال العتق وفرق بينه وبين الحج .

فصل

٣٨٩٤ - ولو اوصى بأن يحج عنه وارثة بثلثه فان ذلك لا يجوز عند اصحابنا
لأن فيه منفعة للوارث ويقف على الاجازة .

٣٨٩٥ - وقال زفر يجوز ذلك .

فصل

- ٣٨٩٦ - وإذا وصى المسلم الى ذى او حربي او مرتد او عبد او صبي فان القاضي يخرجهم من الوصية .
- ٣٨٩٧ - فان اسلم الذى وبلغ الصبي واعتق العبد قبل الاخراج فكلهم وصى على ما وصى الميت اليه عند ابى يوسف .
- ٣٨٩٨ - وقال ابو حنيفة إلا الغلام اذا بلغ فانه لا يكون وصياً .
- ٣٨٩٩ - ولاصحاب الشافعي وجهان منهم من اعتبر ذلك المشروط يوم العقد ومنهم من اعتبر ذلك يوم التثليد كالشهادة .
- ٣٩٠٠ - وان تصرف الذى وللعبد قبل الاخراج نفذتصرفهم ، ذكر الخلاف الخصاف لان المانع اذا زال قبل الاخراج صار كأنه ابتداء العقد ، ولا يرجعون بعد الاخراج لان العقد اذا بطل لم يعد .

فصل

- ٣٩٠١ - فانه كان الذى وصياً في حقه مثله جازت الوصية ، وليس للحاكم اخراجه ولاصحاب الشافعي وجهان :
احدهما هذا
- والثاني لايجوز بناء على ان شهادته لايجوز في حقه وعندنا يجوز ان يكون وليا فكان وصياً كالمسلم .

فصل

الوصية إلى امرأة

- ٣٩٠٢ - ونجوز الوصية الى المرأة لأن عمر وصى الى حفصة في صدقته ما عاشت فان ماتت فهى الى ذري الرأي من اهلها :

فصل

الوصية إلى الأعمى

٣٩٠٣- وتجوز الوصية الى الاعمى لأن عقوده تجوز عندنا .

ولأصحاب الشافعي وجهان :

أحدهما هذا والثاني لا تجوز .

فصل

٣٩٠٤- وإذا أوصى لرجل فتغير حاله بعد الموت ، فإن كان لضعف ضم إليه

معين أمين وإن تدير بفسق أو جنون بطلت الوصية في الجنون وأخرجه

الحاكم في الفسق .

٣٩٠٥- وقال الشافعي بطلت ويقوم الحاكم غيرهما في الفسق والجنون .

فصل

أوصى إلى عبده

٣٩٠٦- وإذا أوصى إلى عبده والورثة صغار جازت للوصية ، وإن كان فيهم

كبير لم يجز عند أبي حنيفة

٣٩٠٧- وقال أبو يوسف ومحمد لا تصح الوصية إليه ، وقال أبو يوسف تصح

ذكر الخلاف الخصاص .

٣٩٠٨- لأنه غير مكلف كالجنون إذا جعله وصيا بعد الإفاقة (١)

(١) في نسخة قليج لم ترد العبارة الأخيرة من هذه الفصل من بعد قوله

وقال أبو يوسف تصح الخ ، وإنما وردت العبارة الثانية :

فصل

٣٩٠٩ - وإذا قال : إذا كبر ابني فهو الوصي لي ، أو وصي الى رجل وقال
إذا كبر ابني فهو الوصي ، قال ابو حنيفة لا تصح للوصية اليه .
٣٩١٠ - وقال ابو يوسف تصح ، ذكر الخلاف الخصاص لانه غير مكلف
كالمجنون إذا جعله وصيا بعد الإفاقة .

فصل

٣٩١١ - واتفق للفقهاء جميعا على انه اذا مات ولا وصي له ، وله اب عدل
ان اياه بمنزلة الوصي ، وله ان ينفق وصاياه ويقضي ديونه .
وقال أصحابنا : ان كان عليه دين لم يكن الاب ان يبيع مسن
التركة شيئا لأن ذلك للفقراء .
٣٩١٢ - وقالوا في الصبي المأذون له اذا ركب دين ومات ، والدين يحيط بما
خلف ، لم يكن للأب ان يبيع ماله ، وكذلك العبد المأذون اذا مات
او حجر عليه لا يجوز تصرفه فيما في يديه مع الدين لأن الحق للفقراء
في ذلك .

فصل

شراء الوصي من التركة

٣٩١٣ - ولا يجوز شراء الوصي من التركة شيئا لنفسه ، فان كان ذلك حظا
للصبي والورثة جاز عند أبي حنيفة .

= وهو قول الشافعي لانه لا ولاية عليهم لهم (كذا) مع الصغر وفي
الكبير بخلاف ذلك ،

٣٩١٤- وقال ابو يوسف ومحمد لا يجوز ورجع ابو يوسف وقال : ان كان
خبراً جاز ، حكى الرجوع الخصاص .

فصل

٣٩١٥- وان باع احد الوصيين صاحبه لم يجوز عند ابي حنيفة .

٣٩١٦- وقال ابو يوسف يجوز اذا لم يحابه ، لان عقده لنفسه لا يصح .

فصل

٣٩١٧- ولا يجوز ان يوصي الى عبد غيره ولا مدبره لان عليهما ولاية
لغيرهما فلا يباين .

فصل

٣٩١٨- وان اعتق قبل الاخراج جاز لانه لا ولاية عليهما .
ويجوز ان يبتدىء الوصية اليهما .

فصل

وصية لم تقرأ على الشهود

٣٩١٩- واذا اوصى رجل بوصية وكتب ذلك في كتاب وقال للشهود : اشهدوا
علي بذلك ، ولم يقرأ عليهم ولا علموا ما فيه فالشهادة باطلة .

٣٩٢٠- وهو قول ابراهيم وغيره من الفقهاء .

٣٩٢١- وقال عبد الملك بن يعلى قاضي البصرة يجوز ذلك لانه لا يعلم بما
شهدوا والشهادة يعتبر فيها علم الشاهد .

فصل

٣٩٢٢ - وإن قرأ عليه ، فقال الشاهد يشهد عليك بها في هذا ؟ فأومى برأسه
أن نعم ، لم يجوز إلا أن يكون آخرس ، ويكون له إشارة تعرف ،
فيجوز ذلك عند أصحابنا لأن الإشارة قائمة مقام النطق .
٣٩٢٣ - وحكى أبو موسى في المختصر أن غير أصحابنا قالوا لا يجوز وهو
القياس والنظر في أن الإشارة لا يستدل بها على العلم .

باب

ما ليس للوصي فعله في مال اليتيم

فصل

إقراض مال اليتيم

٣٩٢٤ - وقالوا ليس للوصي أن يقرض شيئاً من مال اليتيم ، فإن فعل فهو
ضامن لأنه تبرع بماله كالمطبة .

فصل

إقرار الوصي على الميت إلخ

٣٩٢٥ - ولا يجوز إقرار الوصي على الميت ولا بشيء في يده من التركة ولا يبرئ
غريباً ولا يحط عنه ، ولا يؤجل ما عليه ، ولا يصالح من حق الميت
على إنسان ولا يصالح عن الميت في حق يدعى عليه بغير بينة أو حكم
حاكم ، ويجوز أن كان ثابتاً ، لأنه حط عن الميت :

فصل

هل تدخل الوصية في ملك الورثة؟

٣٩٢٦ - والوصية اذا بينها ما كرها الموصى له بموت الموصى ، فلم تدخل في ملك الورثة ، ويكون النماء كله له ، لأنه يملك بالموت كالميراث .

٣٩٢٧ - وقال الشافعي يكون مودعا وهو قولنا فيما زاد على الثلث ، فان أجازوا ذلك ملكه بالموت ، وان ردوا تبين انه لم يملك .

فصل

أوصى لقربائه

٣٩٢٨ - واذا أوصى لقربائه لا يدخل الوالد والولد في الوصية ، ويدخل ابن الابن واولاده في الوصية ، عند مجد ، ذكره في الزيادات . وعند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهم الله تعالى (١) وزفر رحمه الله تعالى ويترتب ذلك عنده الاقرب فالاقرب .

٣٩٢٩ - وقال أبو يوسف ومجمل رحمهما الله تعالى من بجمعه وإياه أقصى اب في الاسلام لانه حفيده (٢) انعقدت الاحكام .

٣٩٣٠ - وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى انه يدخل فيه كل ذي رحم ، ولا يعتبر الاقرب ، وبه قال الشافعي رحمه الله تعالى .

-
- (١) ورد في هامش نسخة قليج (وفي نسخة منيخ) بعد هذه العبارة لا يدخلون ذكره الحسن وقول أبي يوسف في أول فصل وذو الرحم كل من يرثه اثنان فصاعداً أبي حنيفة وزفر .
- (٢) في نسخة قليج (حيثلذ) .

فصل

٣٩٣١ - وإذا أوصى بثلثه لانتسابه فإنه يدخل فيه من يناسبه من قبل الرجال ومن قبل النساء لأن الاسم يقع على الجميع فيدخلون فيه (١)

فصل

أوصى لأهل بيته

٣٩٣٢ - وإن أوصى لأهل بيته فأهل البيت من يناسبه إلى الأب ، ويدخل فيه كل من يناسبه إلى أبيه الأكبر ، نحو الرجل من بني العباس يوصى لأهل بيته فهو لكل من يناسبه إلى العباس ، وكذلك بنو علي وبنو جعفر وبنو هاشم كل من ينسب إلى هاشم من الرجال والنساء .

فصل

أوصى بثلثه لمواليه

٣٩٣٣ - وإن أوصى بثلثه لمواليه وله موال اعتقوه وموال اعتقهم ، فالوصية باطلة عند أبي حنيفة وزفر ومحمد .

(٣) جاء في لسان العرب في مادة (نسب) :

النسب نسب القرابات ، وهو واحد الأنساب . ابن سيده . النسبه والنسب القرابة ، وقيل هو في الأبناء خاصة ، وقيل النسبة مصدر الانتساب والنسبة الاسم .

التهذيب : النسب يكون بالأبناء ويكون إلى البلاد ويكون في الصنعة . . . وجمع النسب أنساب . . . وناسبه شركه في نسبه ، والنسيب المناسب والجمع نساء وأنساء . يناسب فلانا فهو نسيبه أي قريه .

٣٩٣٤ - وعن أبي يوسف لمواليه الذين اعتقهم .

٣٩٣٥ - وقال الشافعي يوقف الامر حتى يصطلحوا .

٣٩٣٦ - وقد ذكر بعض اصحابنا في هذه المسألة ثلاث روايات التسوية والبطلان ومثل قـ . ول أبي يوسف ، فمن ابطال يقول تصير الوصية كانه اوصى لاحد هذين وذلك مجهول فلا تصح ، كما لو وجب لاحدهما البيع بغير عينه .

فصل

٣٩٣٧ - وقد قالوا لو وصى لرجل بثلاث ماله او لفلان فهو باطل عند أبي حنيفة وزفر .

٣٩٣٨ - وقال ابو يوسف ان اصطالحا فالوصية لها .

٣٩٣٩ - وقال محمد الخيار الى الورثة يعطون ايها شأوا .

فصل

٣٩٤٩ - ولو وصى بثلاث ماله في سبيل الله ، قال ابو يوسف : سبيل الله

العدو ، وقال محمد ان اعطى الوصي حاجاً منقطعا جاز ، واحب الى

الى ان يجعله في السبيل ذكر الخلاف ابو الليث .

فصل

٣٩٤١ - وقالوا لو كان اوصى لمواليه وله موال اعتقهم وموال اعتقهم ابوه

وقد مات ابوه فالوصية لهم جميعاً لأن الكل موال له ، لانه

ورث ولاهم .

٣٩٤٢ - وعن أبي يوسف الثالث لمواليه خاصة فان لم يكن له موال
فموالي ابيه .

٣٩٤٣ - وقال محمد في الجامع لاشئ لموالي ابيه .

فصل

٣٩٤٤ - ومن اوصى لقبيلة لا تحصى كتميم وعقيل فالوصية باطلة عندنا .

٣٩٤٥ - وقال الشافعي تدفع الى من احب منهم .

٣٩٤٦ - لانها مجهولة .

فصل

الوصية لبني زيد

٣٩٤٧ - ولو اوصى بثلثة لبني زيد فالوصية لبنيه الاحياء يوم مات الموصي ،

ولا يدخل في ذلك الاناث ، لان الاسم لا يطلق عليهم .

٣٩٤٨ - وقال محمد يدخلون لأن المذكر يغلب في الاسم على المؤنث .

فصل

لأولاد زيد

٣٩٤٩ - ولو قال لأولاد زيد دخل البنات والبنون ولا يدخل ولد الولد

مادام ولد الصلب موجودين .

٣٩٥٠ - فاذا لم يكن ولد دخل ولد البنين دون ولد البنات لان ولد البنات

اولاد لايبهم .

٣٩٥١ - وقال بعض الفقهاء يدخلون لانهم يقع عليهم الاسم .

فصل

بيع التركة بالدين

٣٩٥٢ - والوصى له ان يبيع جميع التركة في الدين اذا كان الورثة صغاراً ،

- وان كان فيهم كبير جاز بيعه عند أبي حنيفة هـ
 ٣٩٥٣ - وقالوا : لا يجوز في نصيب الصغار خاصة ، ومقدار الدين خاصة .
 ٣٩٥٤ - لانه يجوز بيع البعض فجاز الكل كما لو كانوا صغاراً .

باب الوصية إلى اثنين

وما يجوز من ذلك وما لا يجوز

فصل

- ٣٩٥٥ - واذا ارصى الى رجلين فليس لاحدهما ان ينفرد بعمل دون صاحبه
 الا الطعام والكسوة عند أبي حنيفة في رواية الخصاص في ادبه .
 ٣٩٥٦ - وقال عنه لاحد الوصيين ان يقضي ما على الميت من دين ، وليس
 له ان يقبض شيئاً من دين الميت الا بأمر صاحبه ، وكذلك في دفع
 وصية بعينها الى رجل بعينه ، وعق عبداً بعينه ان يفعل ذلك
 احدهما جاز .
 ٣٩٥٧ - وان كان صدقة على المساكين لم ينفرد دون صاحبه .
 ٣٩٥٨ - وقال ابو يوسف فعل احد الوصيين جائز كفعلهما جميعاً لانه
 يتصرف بالولاية .
 ٣٩٥٩ - قال ابو موسى :
 واجمع الفريقان أن لاحدهما ان يقبض الدين ويكفن الميت ويقبض
 هبة وهبت للطفل ويشترى ما لا بد من الطعام والشراب .

٣٩٦٠ - قال : والقياس ان لا يجوز شئ من ذلك الا بأمر صاحبه .

٣٩٦١ - وهذا مذهب الشافعي .

٣٩٦٢ - والخلاف اذا اوصى اليهما معاً يتحقق .

فصل

٣٩٦٣ - واذا اوصى الى رجل في شئ بعينه والى آخر في غير ذلك الشئ
فهما شريكان في الاشياء كلها في قول ابي حنيفة .

٣٩٦٤ - وقال ابو يوسف ومحمد : بل كل واحد منهما وصي فيما اوصى اليه .

٣٩٦٥ - وهو قول الشافعي .

فصل

٣٩٦٦ - وكل ما اوصى به الى واحد واوصى بغيره الى آخر فهما مشتركان
في الوصية .

٣٩٦٧ - وقال للشافعي لكل واحد منهما ما فوض اليه ، وهو قولهما .

٣٩٦٨ - لان الولاية لا تتبعض عند ابي حنيفة .

فصل

أوصى إلى رجلين فمات أحدهما

٣٩٦٩ - وان اوصى الى رجلين فمات احدهما ولم يوص الى أحد ، فليس

للآخر ان يعمل شيئاً حتى يرفع ذلك الى القاضي فاما ان يفرد

بالوصية او يجعل معه آخر .

٣٩٧٠ - وكذلك اذا اوصى الى اثنين فقبل احدهما ولم يقبل الآخر

فمثل ذلك .

فصل

٣٩٧١ - وان اوصى احدهما الى صاحبه ففيه روايتان احدهما يجوز والاخرى
لايجوز لأنه فوضي الامر الى رأيين .

فصل

بينه وصي الغائب

٣٩٧٣ - واذا ادعى رجل انه وصي فلان الغائب واقام بينة حكم له بذلك ،
ولا يكلف الغائب اعادة البينة اذا حضر لان الشكوت في
حقها جميعاً .

٣٩٧٤ - وان حضر الغائب وجحد اقام القاضي مع الحاضر آخر ، وان رأى
ان يجعله وصياً فعل .

فصل

٣٩٧٥ - واذا ترك الرجل أخاً صغيراً ، ووصى الى رجل ، ولا وارث له غيره
فله بيع المتاع والعروض وما يخاف (عليه) التلف .

وليس له بيع العقار ، وهذا قول ابي يوسف واصحابنا حكاه
الخصاف قال :

لايجوز شراء شراء هذا الوصي على النبييم الا الكسوة والطعام
خاصة .

وكذلك وصي الأم

فصل

٣٩٧٦ - ولو وصي الاب اذا لم يكن دين ولا وصية ، والورثة صغار وكبار ،

فبيعه لجميع التركة جائز ، فاذا كان في ذلك حظ للصغار باعه كله
عند أبي حنيفة .

٣٩٧٧ - وقال أبو يوسف لا يجوز بيعه الا في العقار فانه يجوز بيع حصة
الصغار دون الكبار .

٣٩٧٨ - وهو قول الشافعي .

فصل

إن مات الوصي وأوصى إلى غيره

٣٩٧٩ - وإن مات الوصي وأوصى إلى غيره فانه يكون وصيا للأول ، وله
ذلك عندنا بمطلق الوصية .

٣٩٨٠ - وقال الشافعي وابن أبي ليلى ليس له ذلك بمطلق الوصية ، وله اذا
جعل اليه .

٣٩٨١ - واجمع الفريقان ان له ان يوكل الوكلاء ويستأجر الاجراء
بمطلق الوصية .

٣٩٨٢ - واجمعوا على انه ليس له ان يزوج .

٣٩٨٣ - وقال مالك له ذلك .

فصل

٣٩٨٤ - وليس لوصي غير الاب ان يبيع ولا يشتري الا ما لا بد له من الطعام
والشراب والكسوة .

٣٩٨٥ - وليس له ان يقاسم عقاراً ولا يشتريه لنفسه ، ولا يبيعه .

٣٩٨٦ - وقال الشافعي ليس لهم ان يفعلوا ذلك وان كان لا بد منه ، لان الذي
جعل اليهم ذلك لم يكن له ان يفعل شيئاً من ذلك .

٣٩٨٧ - وهو القياس عندنا ، والاول استحسان وقد مضى في كتاب
الهبة وجهه .

فصل

وصى الأب

- ٣٩٨٨ - ووصى الأب اولى بالتصرف من الجد عندنا .
- ٣٩٨٩ - وقال الشافعي الجد اولى .
- ٣٩٩٠ - لأنه نائب عن الأب فكان اولى من الجد كحالة الحياة .

فصل

وصية الصبي المراهق

- ٣٨٩١ - والصبي المراهق اذا وصى بشئ من ماله لم يصح .
- ٣٨٩٢ وقال الشافعي يصح .
- ٣٨٩٣ - لانه غير مكلف .

فصل

٣٩٩٤ - واذا اوصى بغلة بستانه او ركوب دابته المساكين ، لم يصح عند
ابي حنيفة .

- ٣٩٩٥ - وقال محمد يصح
- ٣٩٩٦ - لانه تمليك لغير معين

باب

كيفية المرض الذي يعتبر من الثلث

- ٣٩٩٧ - كل مرض صار صاحبه صاحب فراش ، ومات فيه ، فافعله فيه
يكون من الثلث ، وما يتناول من العلل او يبرأ منه ثم يمرض
بعده مرضاً آخر فهو كالصحيح

٣٩٩٨ - والفلج والزمانة في حكم الصحيح والحامل اذا ضربها الطلق كالمرض
المخوف ، وكذلك من قدم ليقتل في قصاص او ليرجم في زنا
مثل ذلك .

٣٩٩٩ - وقال مالك : اذا مضى على الحامل سنة اشهر فهي كالمرضى المخوف .
٤٠٠٠ - ومن الفقهاء من يقول تصرف المريض كتصرف الصحيح في
جميع الأشياء .

٤٠٠١ - وقال ابو موسى وهو القياس والنظر والسنن والاثار مع الآخرين .
٤٠٠٢ - ومتى صح من المرض فهو صحيح لا يعتبر من الثلث لان الصحة
قطعت حكم المرض .

باب

اختلاف الوصي والورثة

فصل

القول قول الوصي في ضياع المال

٤٠٠٣ - واذا كبر البنيم وطلب المال فقال للوصي قد ضاع فالقوله قوله مع
يمينه لأنه أمين كالمدع .

فصل

القول في النفقة قول الوصي

٤٠٠٤ - وان اختلفا في النفقة عليه فقال :

اتفقت عليك

والكر الصبي فالقول قول الوصي لأنه أمين ، ويتعلم عليه اقامة البينة
على النفقة .

فصل

اختلافهما في قدر النفقة

٤٠٠٥ - وان اختلفا في قدر النفقة ، فقال أنفقت عليك كل سنة مائة دينار ، وقال الصبي بل خمسين ، فالقول قول الوصي في مقدار نفقة مثله بالمعروف في المدة ، لانه أمين وان كان اكثر من المعتاد لزمه الضمان لأنه لم يخطئ .

فصل

اختلافهما في المدة

٤٠٠٦ - وان اختلفا في المدة ، فقال الوصي عشر سنين ، وقال الصبي خمس سنين فالقول قول الصبي ، لأن الاصل عدم المدة .
٤٠٠٧ - وقال الاصطخري القول قول الوصي كما لو اختلفا في النفقة .

فصل

القول في الإنفاق على عبد للميت

٤٠٠٨ - وان ادعى الوصي انه أنفق ذلك على رقيق للميت ، وأنهم مانوا وكذبه الابن فالقول قول الوصي عند أبي يوسف لانه أمين لم يكذبه للظاهر .
٤٠٠٩ - وقال الحسن بن زياد لا اصدقه على ذلك ، وللقول قول الابن لأن الاصل عدم العبد .

فصل

دعوى الوصي دفع جعل الأبق

٤٠١٠ - ولو قال الوصي أبق للابن عبد فاعطيت جعله اربعين درهما ، صدق

الوصي عند أبي يوسف .

٤٠١١ - وقال محمد أضمنه الجعل الا ان يأتي ببينة لأنه يدعي غير الطاهر .

فصل

ادعاؤه أداء الخراج

٤٠١٢ - وان ادعى انه ادى في الخراج صدق عند أبي يوسف .

٤٠١٣ - ولم يصدق عند محمد .

فصل

ادعاؤه النفقة على ذي رحم محرم

٤٠١٤ - واذا ادعى انه انفق على ذي رحم محرم فرخص عليه القاضي نفقته

لم يصدق الا ببينة وشهد بذلك .

فصل

ادعاؤه دفع المال للصبي

٤٠١٥ - وان ادعى انه دفع المال الى الصبي وانكر للصبي ذلك فالقول قول

الوصي لأنه امين مقبول القول في الضياع فقبل في الدفع كالمودع .

٤٠١٦ - ولأصحاب الشافعي وجهان أحدهما هذا والثاني القول قول الصبي

لأنه لم يأمنه على الحفظ .

فصل

الوصية للجار

٤٠١٧ - والوصية للجار يدخل فيها المالك والمساكن اذا كان ملاصقاً .

٤٠١٨ - وعند محمد من يصلي معه في المسجد .

- ٤٠١٩ - وعند خبره من يسمع النداء .
 ٤٠٢٠ - وقال الشافعي من داره الى دار الموصي باربعين داراً .

فصل

بيع الوصي نسيئه

- ٤٠٢١ - واذا باع الوصي بنسيئه وفيها ضرر على الورثة نقض .
 وليس هذا كالتيجارة له والشراء

باب

الرجوع في الوصية

فصل

الأصل الرجوع في الوصية

- ٤٠٢٢ - ومن اوصى بوصية فله ان يرجع فيها ما لم يمت ، لان الوصية ما
 تم بالموت كما تم الهبة بالقبض ، ولو وهب ولم يقبض كان له الرجوع
 فيها فهنا اولى .

فصل

الرجوع دلالة

- ٤٠٢٣ - واذا اوصى لرجل بأرض ثم بنى فيها بناءاً او بثوب ثم قطعه فبيعهما
 او قباه او يقطن فحشي به مخدة او شاة فلدبحها او بفضة فصاغها
 آنية او بسويق فلتة بزيت او بسمن فهذا كله رجوع .
 ٤٠٢٤ - ولو كان اوصى له بثوب ففسله او قصره او بدار فجصصها لم يكن

ذلك رجوعاً ، والقياس ان يكون تمحيص الدار رجوعاً لأن المعين
بمخلاف ما وصى بها .

فصل

إخباره أنه أوصى بالثلث لآخر

٤٠٢٥ - وان اوصى لرجل بثلث ماله ثم قال : الثلث الذي اوصيت به له ،
قد اوصيت به لهذا الاخر فهذا رجوع .

فصل

التشريك في الثلث

٤٠٢٦ - ولو قال ، وقد اوصيت به لهذا الاخر فانه بينهما ، وليس هذا برجوع
بل تشريك بينهما في ذلك .

فصل

ما يعد من الأفعال رجوعاً

٤٠٢٧ - ولو اوصى بأمة فباعها او اعتقها او وهبها او تصدق بها او كاتبها
او دبرها او اخرجها من ملكه بوجه سوى ما ذكرناه ، او كان
قمحاً فطحنه ، كان ذلك رجوعاً فيها لو وصى به ، لان هذه الافعال
كلها لاتصح مع بقاء الوصية ولا تجمع معها . فكانت رجوعاً في
الوصية ، وصار ذلك كالمشترى اذا كان له الخيار ففعل ذلك انه
يبطل خياره .

فصل

ما يقطع حق المغضوب يعد رجوعاً

٤٠٢٨ - وكل ما قطع حق المغضوب من فعل الغاصب في المعين ووجب

عليه القيمة فانه يكون رجوعاً ، فعل هذا اذا اوصى له بالجرى (١)
فصار بمرأ ، او بالغيب فصار زيباً ، او بالبيض فصار
فرايج ، كان ذلك كله رجوعاً عن الوصية ، كما يقطع حق
المفصوب منه .

فصل

استثناء الرطب إذا صار تمرأ
٤٠٢٩ - وان اوصى له برطب فصار تمرأ فانهم خصوا هذا بجواز الوصية
استحساناً لان منافع الرطب لا تبطل بكونه تمرأ .

فصل

أوصى بعبد لرجل وبمنافعه لآخر
٤٠٣٠ - وان اوصى بعبد لرجل وبمنافعه لآخر فلكل واحد ما اوصى له به ،
وللنفقة عندنا على صاحب المنفعة .
٤٠٣١ - وقال الشافعي على صاحب الرقبة .

فصل

أوصى لرجل بعبد ولآخر بنصفه
٤٠٣٢ - وان وصى لرجل بعبد ولآخر بنصفه قسم على اربعة اسهم عند
ابي حنيفة .
٤٠٣٣ - وعند ما على ثلاثة اسهم .

(١) اي ما يسمى في عامية العراق خلال الطروش ويقصد به ما ينساقط قبل
نضجه من خلال الثمرة .

فصل

أوصى لرجل بخاتم وآخر بفضته إلخ

٤٠٣٤ - وان وصى لرجل بخاتم وآخر بفضته ، فلصاحب للفضة الفضة ،

ونصف الفص وللآخر نصف الفص عند محمد .

٤٠٣٥ - وقال ابو يوسف تكون للفضة لواحد والفص للآخر .

٤٠٣٦ - وكذلك الخلاف اذا وصى بالدار لرجل والبناء لآخر وللنخلة لرجل

وللثمرة لآخر والثمر لرجل وللقوصرة لآخر فهو على الخلاف .

فصل

أوصى لأناس وجهات

٣٠٣٧ - واذا كانت الوصية لعدة اناس وجهات وابواب البر فعلى كل واحد

ان يعد البينة ليأخذ حقه ، الا بواب البر فإنه ينفذ عند ابي حنيفة لان

حق كل واحد غير حق الآخر .

٤٠٣٨ - وقال ابو يوسف لا يكلف واحد منهم اعداد بينة على حقه ، وكل

من حضر قضيت له بحقه ، وان جهل الذي حضر كلف البينة

على معرفته .

فصل

تحليف صاحب الدين

٤٠٣٩ - وان اقام البينة وكان صاحب دين حلف مع بيته ثم اعطى دينه ، وانه

كان موصى له اعطى ما اوصى له به من الثلث .

فصل

ادعى الوصية والمال

٤٠٤٠ - والوصي اذا ادعى الوصية والمال على رجل فصده لم يؤمر بدفع

ذلك اليه حتى يثبت الوصية عند الحاكم وفي الوكالة تدفع

٤٠٤١ - وقال الشافعي لا تدفع

٤٠٤٢ - وقالوا في الوارث يدفع

٤٠٤٣ - وفي المين خلاف رواية

٤٠٤٤ - وفي الحوالة وجهان

• • •

٤٠٤٥ - وكتاب الوصايا من امهات الكتب وفيه كل عجيب من مسائل الخلائق

والوفاء ، والذي ذكرت من ذلك قليل من كثير ، غير انه

أرفى مما ذكره الغير في هذا الشأن ، واصول وعامة مسائل

الخلاف فيه .

واذا قصد ذكرنا الوصية ، وكان فيما ذكرنا ما يقربه الوصى ، ويقر

له به من الحقوق وجب ان نذكر الاقرار بعد ذلك .

كتاب الإقرار

وهذا كتاب الإقرار^(١)

٤٠٤٦ - اُعلم ان هذا الكتاب كان من حقه ان نذكره في آخر الكتب لانه يدور في سائر الكتب والاحكام من العقود والابقاعات والأعمال من الجنابات والغصب والموارث والسدحاي والبيئات والشهادات وجميع الكتب .

غير الا ذكرناه في هذا الموضع وسطا بين الكتب لانه كالقرع على ما تقدم واصل لما يأتي ، وهو كثير الفائدة ، عليه مدار الشرع ، وان كان غيرنا قد أخره الى آخر الكتب في بعض المواضع وفي بعضها جعل وسطا في المعاملات ، فلهذا جعلناه في هذا الموضع .

فصل

تعريف

٤٠٤٧ - واعلم ان الاقرار اخبار عن أمر سابق اما عقد يوجب ضمنا او ملكا او فعل يوجب ضمنا (٢)

-
- (١) جاء في اللقائموس المحيط مادة القران الاقرار هو الاذعان للحق وقد قررره عليه
(٢) عرف الاقرار تعريفات اخرى يستفاد منها انه في رأي جمهور الفقهاء يعد من قبيل الخبر ، اذ تقسم اقوال المكلفين المعتبرة شرعاً الى خبر -

فصل

الإقرار غير ناقل

٤٠٤٨ - وقال أصحابنا ليس هو بناقل للملك (١)

٤٠٤٩ - وحكى شيخنا قاضي القضاة رحمه الله في درس الجامع الكبير عليه ،

ان من اصحابنا من قال اذا تعرفت به نقل الملك نقل ، وصار كبيع

التعاطي ، والصحيح هو الاول من القول (٢)

= وإنشاء ، لان المقر يحق عليه الغيرة بخبر في الحقيقة ان ما اقر به هو -
لغيره سواء مما ادعاه عليه خصم او لم يدعه ، وانه حق ثابت للمقر له ،
وانه ثابت في ذمه المقر ان كان ديناً في الذمة ، او انه في يده وحوزته
ام على سبيل الضمان او على سبيل الامانة ، والاقرار في مصطلح جمهور
الفقهاء هو : اخبار الانسان عن ثبوت حق لغيره على النفس ، وقد
عرف مثلاً خسرو الإقرار في « الفرر والفرر » بانه شراء اخبار بحق
لآخر عليه ، لا اثبات له عليه (٣٥٧/٢ منه) (مقالتنا نظريسة الخبر
والإنشاء في ابعادها الفلسفية والبلاغية والفقهية مخطوطة)

وانظر في مناقشته سائر التعريفات رساله حجية الاقرار في

الاحكام القضائية للسيد مجيد حميد السكاكية

(١) لان الاقرار باعتباره خبراً يعد كاشفاً عن الحقيقة لا منشأ لها :

(٢) ثمة اتجاه في الفقه يرى في الاقرار معنى يزيد على الاخبار فقد عرّفه

بعض الفقهاء بانه : اخبار بحق عليه من وجه وإنشاء من وجه (تنوير

الابصار ٢/٢٢٠ ، البحر الرائق شرح كثر الدقائق ٧/٢٤٩) وحجتهم

في هذا ان الاقرار يرتد بالرد وان الملك الثابت بالاقرار لا يظهر في -

فصل

أهلية المقر

- ٤٠٥٠ - ولا يصبح الا من بالغ عاقل مكلف .
٤٠٥١ - واختلف في اقرار الصبي المأذون له قبل بلوغه فأجاز ذلك اصحابنا .
٤٠٥٢ - وقال الشافعي لا يجوز اقراره كما لا يجوز حقه وطلاقه ، وكما لو لم يؤذن في التصرف .
٤٠٥٣ - واصحابنا يقولون هو عاقل مميز فصيح الاذن له كالبالغ ، ولأنه يقبل قوله في الهدية والاذن في دخول الدار، وجواز اقراره يبنى على صحة اذن الولي له في ذلك .

فصل

إقامة الحد بالإقرار

- ٤٠٥٤ - والحر وللعبد سواء في اقامة الحدود عليهما (بالاقرار) .

فصل

الآثار المروية

- ٤٠٥٥ - وقد اقام النبي (ص) الحد على ما عز (١) باقراره والغامدية (٢)
= حق الزوائد وثمة اتجاه آخر في الفقه يرى ان الاقرار يفيد التملك في الحال وقد ذهب الى ذلك ابو عبدالله الجرجاني من الاحناف وذهب جماعة من الشافعية معهم البغوي انه قائم مقام الانشاء (انظر رسالة السلكية)
(١) صحيح البخاري ٢٠٥/٨ وصحيح مسلم ١١٦/٥ الحدود ، وبلوغ المرام ص ٢١٧ وشرح سبل السلام ٦/٤ .

- (٢) صحيح مسلم ١٠٦/٥ ، سبل السلام ١١/٤

والذي رضى رأس الجارية بسين حجربن احضره فاعترف فرضخ
رأسه ، وقال اغد يا أنيس على امرأة هذا فان اعترفت فارجمها (١)

فصل

الإجماع على الإقرار

٤٠٥٦ وفيه إجماع العلماء ، وانما اختلفوا في التفضيل ومواضع الاداء .
٤٠٥٧ واجمعوا على انه يصح في المعلوم والمجهول جميعا ، وان المجهول
يرجع فيه الى قول المقر مع يمينه في موضع دون موضع ، ولا يرجع
في بعضها الى قوله .

فصل

قبول قوله لفلان على مال

٤٠٥٨ - من ذلك اذا قال : لفلان على مال قبل قوله فيما يقول (٢) في العادة
في القليل والكثير ، وهذا إجماع من العلماء (٣) .

فصل

قوله مال عظيم

٤٠٥٩ - ولو قال مال عظيم فان اصحابنا قالوا يحتاج الى بيان المجهول

(١) صحيح البخاري ٢٠٨/٨ وصحيح مسلم ١٢١/٥ ، بلوغ المرام ص ٢١٦
وشرحه سبل السلام ٤/٣-٤ .

(٢) كذا ويجوز ان يكون : فيما يتمول في العادة ،

(٣) نقل في المفتى لابن قدامة ١٥٦/٥ عن أبي حنيفة انه لا يقبل تفسيره =

مع ذلك (١).

فصل

قوله من الدراهم أو من الدنانير

أو من الإبل . . إلخ

٤٠٦٠ - فإن قال : من الدراهم لزمه مائتان وإن قال من الدنانير لزمه عشرون ديناراً ، وإن قال من الإبل لزمه خمسة وعشرون ومن البقر لزمه ثلاثون بقرة . واصناف الزكاة تأخذ اقل نصاب فيها ، وهو قول أبي يوسف ومحمد ، وإن كان لانصاب له اعتبرت القيمة كما في زكاة التجارة : جتبر فيه قيمة النصاب .

٤٠٦١ - ومن اصحابنا من قال : وهو قول أبي حنيفة وروى عن أبي حنيفة انه قال يلزمه عشرة دراهم .

= بغير المال الزكوى لقوله تعالى « خذ من اموالهم صدقة تطهرهم » وقوله « وفي اموالهم حق » وفي القوانين الفقهية لابن جزي (ص ٢٤٢) « ولو قال له على مال ، قبل مايفسر به ولو حبة او قيراطا ويحلف » (انظر رسالة السامكية ص ٢٥٠) .

(١) في الهداية (١٨٠/٣) « ولو قال : مال عظيم ، لم يصدق في اقل من مائتي درهم ، لأنه اقر بمال موصوف فلا يجوز الغاء الوصف ، والنصاب مال عظيم ، حتى اعتبر صاحبه غنيا به ، والغنى عظيم عند الناس . وعن أبي حنيفة (ر) لا يصدق في اقل من عشرة دراهم ، وهي نصاب السرقة لانه عظيم حيث تقطع به اليد المحترمة .

وقالوا : لا رواية في النفيس والخطير والجليل والوافر والسفي والكبير
ومنهم من سوى بين الجميع .
ومنهم من فرق .

٤٠٦٢ - وقال الشافعي : كل ذلك مجهول ، ويرجع الى قوله فيما يقر به من
الاموال وقدرها .

٤٠٦٣ - واصحابنا لم يلفوا الصفة كما لو قال : جيد او صحاحا او ضرب
كذا ، فان الصفة لا تلي ، كذلك هذا .

فصل

المال القليل

٤٠٦٤ - وقالوا في المال القليل يقبل قوله .

المال المطلق

٤٠٦٥ - وذكر علي بن موسى القمي في احكام القرآن الصغير له : ان المال
المطلق عشرة ، ولا يصدق في اقل من ذلك .
وقالوا : لافي قليل ولا كثير : انه مائتان .

فصل

أقر بدراهم

٤٠٦٦ - وقالوا في دراهم ، لا يصدق في اقل من ثلاثة ، فان قال : كثيرة ،
لم يصدق في اقل من عشرة عند أبي حنيفة ، وعندهما مائتان .

وعند الشافعي يصدق في ثلاثة

فصل

مائة دراهم

٤٠٦٧ - وان قال : له على مائه دراهم او مائة دينار لزمه الجميع من جنس المفسر عندنا .

وقال الشافعي يلزمه الدرهم والدينار ، والقول قوله في المائة .
واتفقوا انه لو قال مائة وثوب ان عليه ثوبا ، والقول قوله في المائة .
وكذا مائة وثوبان .

ولو قال : وثلاثة اثواب كان الجميع ثيابا ، لان المبهمة اذا حطفت عليه مفسر يثبت في النعمة كان الجميع مثل المفسر كإزالة وخمين درهما .

وقد منع بعض اصحاب الشافعي ذلك ، وهو غير صحيح عند الجميع .

فصل

درهم لابل درهمان

٤٠٦٨ - ولو قال : له على درهم لابل درهمان لزمه عند اصحابنا الثلاثة استحسانا والقياس انه يلزمه ثلاثة دراهم ، وهو قول زفر ، لان لابل ، لا استدراك ماوجب ، وما اوجبه لا يصح نفيه والرجوع عنه ، فيجب ان يلزمه الجميع .

والاستحسان ان «لا بل» قد افاد فائدة واثبتنا لها امرأاً ادعى ما
اوجب ، وغاية ما فيه الاحتمال فلا يلزمه بالشك الزوائد .

فصل

دينار إلا درهماً

٤٠٦٩- ولوقال : له على دينار الا درهما او الاقفيز حنطة او شعير ، واستثنى
غير المجلس فيما له مثل فانه يصح الاستثناء على قول ابي حنيفة
وابي يوسف :

وقال محمد وزفر استثناء غير الجنس لا يجوز بحال وهو القياس .
وقال الشافعي : استثناء غير المكيل والموزون والمعدود ايضاً يصح
ونخرج قيمة المستثنى من ذلك .

حقيقة الاستثناء

٤٠٧٠- وحقيقة الاستثناء ان يخرج من الكلام ما يتناول اللفظ ، وغیر الجنس
فما دخل تحت اللفظ ، وما يوجد من ذلك فهو مجاز :

ذوات الأمثال

٤٠٧١- وذوات الامثال تثبت في اللمعة فهي كالاثبات في الثبوت فلهذا افصل
ابو حنيفة بينهما وبين الثياب .

فصل

كذا كذا درهماً

٤٠٧٢- واذا قال : له على كذا كذا درهما فهو احد عشر ، ولا يصدق في

اقل من ذلك .

وقال الشافعي : يصدق في درهم

وفي كذا وكذا احد وعشرون درهما

وفي كذا درهما عشرون

وفي كذا درهم مائة درهم

وعند الشافعي كذا وكذا درهما ، وله قول آخر درهم واحد .

وقد روى عن محمد : كذا وكذا عشرون درهما .

كذا عدد مبهم

٤٠٧٣ - واصل هذا الباب ان « كذا » عبارة عن عدد مبهم فهي مثل « كم »

واذا اوجب على نفسه مالا ففسره بالدرهم اذمه ذلك من الدراهم .

وكذلك اذا فسر « درهما » ففسره بـ « درهم » او بـ « دينار »

واكثر من ذلك تسعة عشر وفي العطف الاقل احد وعشرون والاكثر

تسعة وعشرون ، وفي درهم الاكثر الالف والاقل مائة فله الاقل

الذي يقتضيه لفظه وتفسيره .

فصل

٤٠٧٤ - ولو قال : درهم طبرى لزمه درهم والآن .

العمل بعرف أهل البلد

٤٠٧٥ - والاصل في هذا الباب انك تعمل في الاقرار على عرف أهل البلد

وتوجب عند الاطلاق ما هو متعارف فيه ، الا ان يقر موصلا فيصدق

على ما بينه في موضعه :

الدراهم في زمن النبي

٤٠٧٦ - واعلم ان الدراهم كانت مختلفة على زمن النبي صلى الله عليه وسلم والخليفة بعده الى زمن عمر بن الخطاب رضي الله عنه .
وكان منها ماوزنه مثقالا وهو عشرون قيراطا ومنها ماوزنه اثني عشر ومنها ماوزنه عشرة قرايط ، وكان الناس اذا تبايعوا اختلفوا فاستشار عمر رضي الله عنه الصحابة ، فاتفق الجميع على أن يأخذوا من كل جنس درهما واحداً فجمع الجميع فكان اثنين واربعين قيراطا فقسم ذلك وصار الدرهم وزن سبعة عشر ، وتقرر ذلك في البلاد وعملت به الصحابة ، ورجعوا في ذلك الى جميع ما يتعلق بالدرهم ، فان (كان) من البلاد ما هو على أصل الخلاف رجس الى معاملته اهله عند الاطلاق :

فصل

غالب النقد

٤٠٧٧ - وان كانت النقود مختلفة في البلد رجس الى غالب النقد كما يفعل في البيع والايمان .

فصل

٤٠٧٨ - وان تفاوتت ^(١) النقود ولم يكن هناك غالب رجس الى قول المقر في التفسير .

القول قول المقر

٤٠٧٩ - ومن اقر بجنس يشتمل على انواع ، فادعى المقر له الاصل من ذلك

(١) في نسخة المعهد : تساوت

واعترف المهر بالادنى فاقول قوله مع يمينه .

فصل

بيغداد له على ألف درهم

٤٠٨٠ - وإذا قال : بيغداد له على ألف درهم طبرية كان عليه ألف درهم وزن سبعة من الطبرية ، وذكر الطبرية هو بيان للصفة .

فصل

له على كر حنطة

٤٠٨١ - وكذلك لو قال : له على كر حنطة ، قال عليه كرم بالمعدل المعروف بالعراق ، وهو كيل الستين الذي به يقع التعامل .

فصل

على دريهم

٤٠٨٢ - ولو قال : على دريهم ، كان عليه درهم تام وازن لان التصغير يذكر لصغر حجم الدرهم ، وقد يذكر للاستقلال ، فلم ينقص من الوزن الذي اقتضاه اللفظ .

فصل

له على شيء من الدراهم

٤٠٨٣ - وذكر ابن سماعه في النوادر عن أبي يوسف في رجل قال لآخر : له على شيء من الدراهم او من درهم ، ان عليه ثلاثة دراهم لأنه اقر بهم ، وقوله من الدراهم تميز لما اقر به ، واقل اسم الدراهم ثلاثة.

فصل

٤٠٨٤ - وقد ذكر بعض اصحابنا فيمن قالت لزوجها : اخضعني على ما في يدي من الدراهم ، وكان في يدها اقل من ثلاثة فهو له ، ولا يكمل ذلك ولن لم يكن في يدها شيء لزمها ثلاثة دراهم لانه اقل ما يحتمله الاسم واذا كان موجوداً تناولته الاشارة .

فصل

هو عندي

٤٠٨٥ - وقال اصحابنا اذ قال له على كذ فهو اقرار بدين عليه مضمون وان قال هو عندي او في يدي فهو امانة لان لفظه يقتضي الايجاب ولذا قال تعالى « والله على الناس حج البيت » (١) وعليه ما حمل يعني اوجب ولفظة « عند » لا تقتضي ذلك فلهذا فصل بينهما .

فصل

له من مالي

٤٠٨٦ - ولو قال : له من مالي الف فهذا اقرار بهبة ، ولا يكلف تسليمها اليه .

فصل

له قبلي

٤٠٨٧ - ولو قال : له قبلي الف ، فقد اختلف اصحابنا في ذلك ، فمنهم

(١) ونظام الآية « من استطاع اليه سبيلاً » (٩٧ م ال عمران ٣)

من قال « قبل » يقتضي الضمان لان القبالة والحوالة والحالة واحد ،
وذلك يقتضي الضمان
ومنهم من قال : لا يقتضي ذلك ، لأنه لو قال : لاحق لي قبل فلان
يرى مما عليه ومما عنده له وإذا اقتضى اللفظ الامرين لم يسأله
الضمان بالشك .

فصل

دين يستغرق التركة

٤٠٨٨ - واتفق العلماء على ان من مات وعليه دين للجماعة ، لاني التركة بذلك
فانه يقسم على مقادير ديونهم ، ولم يوف أحد منهم دون
الاخر حقه .

فصل

دين الصحة ودين المرض

٤٠٨٩ - واختلفوا فيمن عليه دين في حال الصحة ، واقر بدين في مرضه ،
فقال اصحابنا : يقدم دين الصحة في القضاء على دين المرض
وقال الشافعي : هما سواء

فصل

دين وجب بمعاينة الشهود

٤٠٩٠ - ولو وجب الدين بمعاينة الشهود او كان سلمة بهينها فانها سواء
في ذلك ، ويتحصان في التركة لتساويهما في الثبوت .

فصل

قضاء المريض في مرضه دين دائن

- ٤٠٩١ - ولو قضي المريض في مرضه بعض الدرهم دينه لم يسلم اليه ، ورجع عليه الغريم الاخر عندنا
وقال ابن ابي ليلى والشافعي يسلم له ذلك

فصل

أقر في المرض وسلم

- ٤٠٩٢ - ولو أقر في المرض وسلم الى المقر له ثم مات ، رجع غرماء الصحة عليه فاخذوه من يده (١)

فصل

سلم الثمن في المرض

- ٤٠٩٣ - وانفق للفريقان انه لو سلمه للثمن الذي اشترى به في المرض سلم للبائع .

فصل

قضى مال القرض في المرض

- ٤٠٩٤ - وكذلك لو اقترض مالا ففوض في المرض سلم ذلك لمن قبضه .

(١) عملاً بمبدأ رد ما قبض بدون حق

فصل

قضى مهر من تزوجها في مرضه

٤٠٩٥ - ولو كان تزوج امرأة في مرضه فأعطاه مهرها وعليه ديون في
الصحة فانهم يحاصونها ، وقال زفر والشافعي لا يحاصونها وكأنه قد
باعها بذلك بيعاً .
والخلاف في الاجارة
وفرق ابو حنيفة بين المهر و ثمن المبيع بان ذلك مال حصله للوارث
والبضع بخلافه .

فصل

أقر في مرضه بوديعة

٤٠٩٦ - وقالوا لو أقر في مرضه بوديعة ثم بدين بديء بالوديعة لانه لا يصدق
على صاحبها انه يدخل عليه ضرراً .

فصل

قضيته إياها

٤٠٩٧ - ولو قال كانت له علي ألف درهم وقد قضيته إياها ، لم يصدق انه
قضاها واخذ بها .
وعن الخطاب انه يصدق في ذلك وهذا لا يصح ، لانه أقر بالمال
وادعى الوفاء فالقول قول المقر له .

فصل

٤٠٩٨ - ولو قال له علي ألف درهم الائمة كان عليه تسمة .

الأصل في الاستثناء

٤٠٩٩ - والأصل في باب الاستثناء أنك تجعل الاستثناء من الإثبات نفيًا ومن النفي إثباتًا . فإذا قال له على الف فقد أثبت ، فإذا قال المائة فقد نفى من الجملة مائة ، فإن قال إلا درهمين فعليه تسعة ودرهمان لأنه استثنى ذلك من المائة فصار إثباتًا .

فصل

ألف درهم إلا تسعمائة

٥٠٠ - وعلى هذا لو قل له على الف درهم إلا تسعمائة فعليه مائة ، وهذا ينبغي على أنه يجوز أن يستثنى الأقل ويبقى الأكثر .
وقد قال أبو يوسف وغيره من الناس إن استثناء الأكثر وتبقيته الأقل لا يجوز لأنه لا يوجد في كلام العرب ذلك ولم يستعملوه .
والصحيح هو الأول ، لأن لفظه إلا لا يخرج من أن يكون استثناء ، ولفظ المستثنى منه لا يخرج من أن يكون مستثنى منه ، والمعتبر بقاء حكم اللفظ في ذلك .

فصل

٥٠١ - فعمل هذا الأصل إذا قال : له على الف إلا تسعمائة الاثني عشر إلا تسعمائة .
الاستثناء إلا تسعمائة إلا اربعمائة الاثني عشر إلا مائة يكون عليه خمسمائة .

فإن كان هذا من العشرة إلى الواحد فالباقي خمسة ،
وإن كان من المائة إلى العشرة بقي عليه خمسون ، وإن من الألف إلى المائة بقي عليه خمسمائة .

ومن اصحابنا من قال تجعل العدد الاول مفعودا في يمينك ،
والثاني في اليسار والثالث في اليمين والرابع في اليسار والخامس في
اليمين والسادس في اليسار والسابع في اليمين والثامن في اليسار والتاسع
في اليمين والعاشر في اليسار ، ثم تنظر ما اجتمع في اليسار فتسقطه من
اليمين ، وبصر ما يبقى فهو المقر به ، فاذا فعلت ذلك كان ما في
اليمين ثلاثين وما في اليسار خمسا وعشرين فيكون الباقي خمسة ،
فهذا وجه للعمل ذلك .

ومنهم من قال : الاستثناء يرجع الى ما يليه ، ويعمل على هذا
الترتيب فهستثنى بالواحد من الاثنين يبقى منها واحد ، فيستثنى ذلك
من ثلاثة يبقى اثنان ، فيستثنى ذلك من اربعة يبقى اثنان ، فهستثنى
ذلك من خمسة يبقى ثلاثة فهستثنى ذلك من ستة يبقى ثلاثة فهستثنىها
من سبعة يبقى اربعة يستثنىها من ثمانية تبقى اربعة يستثنىها من تسعة
تبقى خمسة يستثنىها من عشرة تكون خمسة . وهذا طريق اصحابنا
بالعراق في الاستثناء في الاقرار والطلاق والعناق وسائر ما يصح
الاستثناء منه .

فصل

الاستثناء في الطلاق

٥٠٠٢ وعلى هذا اذا قال في الطلاق لزوجتي : انت طالق ثلاثا الا اثنين
الا واحدة فانها تطلق اثنتين ، لالهم البتوا الواحدة من الاثنين
لبقى منها واحدة ، استثنوا ذلك من الثلاثة بقي اثنان .

ومسائلهم على هذا الاصل كثرة والاصل في جميع ما يأتيك من
ذلك واحد وهو ما ذكرناه .

فصل

قول الوارث لهذا على والدي ولهذا

٥٠٠٣ - ولو قال الوارث : لهذا على والدي الف درهم ، ولهذا على والدي الف درهم ، ولم يترك الميت الا الفاً فانهما يتحصان ، لانه عطف احدهما على الاخر فصار كأنه قال : هذين على ابي القان .

فصل

تخلل إقرار الوارث سكوت

٥٠٠٤ - ولو قال : لهذا الف وسكت ثم قال : ولهذا الف ، كانت الالف للاول ، لانه ثبت حقه في الالف وإقراره الثاني يريد به الاضرابه فلا يقبل وثبت على تصديقه .

فصل

لاحد هذين على

٥٠٠٥ - ولو قال : لأحد هذين على الف ، فسأله الحاكم : لأيهما هي ؟ فأبى ان يبين ، فلكل واحد منهما استحلافه ، فان حلف لهما جميعا فلا شيء لهما ، وان نكل عن اليمين لهما ، غرم لهما الفين ، ولهما قبل الحلف ان يصطلحا على الف ، يأخذاها ، وليس لهما ذلك بعد الحلف في قول ابي يوسف ، وذلك لهما في قول محمد كما قبل الحلف ، لان الحق في الجملة لهما .

واقه سبحانه وتعالى اعلم بما فيه الصلاح (١) .

(١) وردت هذه الجملة في نسخة منيخ فقط .

باب

الإقرار بالمال في مجلس أو مجلسين والشهادة على الجملتين

فصل

اختلاف الشاهدين في المبلغ

٥٠٠٦ - قال ابو حنيفة : واذا ادعى على رجل الف درهم ، فشهد له بذلك شاهد ، وشهد له بالفين اخر ، فالشهادة باطلة لان كل واحد قد كذب الآخر .

وقال ابو يوسف ومحمد : يلزمه ألف
وهو قول الشافعي كما لو شهد احدهما بالف والآخر بالف وخمسة فانه يقبل عند الجميع .

وفرق ابو حنيفة بينهما بانهما اتفقا على لفظ الالف ، واما الآخر فحمله اخرى فقبل فيما اتفقا عليه ، ولفظ التثنية غير لفظ للواحد ، كما ان لفظ الجميع غير التثنية هذا هو الاصل .

فصل

اختلاف المقر في المبلغ

٥٠٠٧ - واذا اقر في مجلس بالف ، ثم اقر بالفين او الف فهو مال واحد

عند الطحاوي ويدخل الأقل في الأكثر اذا ادعاه المقبر
وقال الكرخي : هما مالان ، واتفق الجميع على انه مالان فيه اذا
اختلفت المواطن .

وقال الشافعي الموطن الواحد وما زاد سواء ، وهو مال واحد .

وهو قول ابي يوسف ومحمد

واختلاف الاجناس اموال

واختلاف المقود اموال

وفي الصكوك المختلفة اموال

فصل

البراءة أولى

٥٠٠٨ - واذا اقام شهوداً عليه بهال ، واقام المطالب البراءة (من مثله فالبراءة
اولى ، الا ان يكون التاريخ بعد البراءة فيكون ذلك مالا آخر ويكون
اولى من البراءة لان (١) البراءة لاتصح قبل اثبات الحق) وهذا
لاخلاف فيه .

فصل

صكوك وبراءات

٥٠٠٩ - ولو كان معه صك بالف وآخر بالف وبراءة بالف واخرى بخمسة

(١) ما بين قوس ورد في نسخة قليج والمعهود - قط من نسخة منبج .

فقال المطلوب قد أخذ مني الفأ وهي التي في الصكين وقد بقي عليه
خمسائة ، فانه يبرأ من الف وخمسائة ويبقى عليه خمسائة :

فصل

٥٠١٠ - ولو كانت البراءتان كل واحدة بالف برىء من المالين جميعاً لالها
تدل على اسقاط ماوجب عليه من المال .

فصل

٥٠١١ - واو قال الطالب : مالى الف وقبضت الفأ ، وقال المطلوب : قبضت
النين ولك الف رجعت على الطالب بالف ، لانه قبضت نين واقر ان
ماله الف .

فصل

قبول البراءات

٥٠١٢ - والبراءات المختلفة كلها مقبولة ويحاسب بما تضمنته كل واحد باتفاق .

فصل

كل براءة بنجم

٥٠١٣ - والمكاتب يحسب له كل براءة بنجم اذا لم يعين ذلك ، وكان للشهود
مختلفين .

فصل

٥٠١٤ - (ولو اقر بقتل عبد لم يسمه او ابن لم يسمه ، ثم اقر في مجلس

آخر بمثل (١) ذلك فهو قتل واحد وان ادعى الطالب قتلين .

فصل

إقرار الأب بتزويج ابنته إلخ

٥٠١٥ - ولو أقر بتزويج ابنته من فلان وانها مائت ولها عليه الف، وأقر بمثل ذلك ، فهو مال واحد .

الإقرار بالجراحات

٥٠١٦ - وكذلك الإقرار بالجراحات فهي جراحة واحدة .
وفرقوا بين هذا وبين الديون والغصب والودائع ، واختلاف
الاجناس والعقود ، وهذه المسائل تلزم على اصولهم في انه أقر بمال
منكر فحمل على مال جديد .

فصل

أقر بالف في موطن وأشهد إلخ

٥٠١٧ - وإذا أقر بالف وأشهد في موطن ، ثم أقر في آخر وأشهد ، وشهد
الفريقان جميعا عند الحاكم : فعند أبي حنيفة يجب المالان ، وعندهما
مال واحد .

(١) ما بين قوسين ورد في نسخة قليبج والمعهد وسقط من نسخة منيع .

فصل

بكل مال شاهد واحد

٥٠١٨ - ولو كان بكل مال شاهد واحد فهو مال واحد ، وقال زفر الشهادة باطلة ، لانه جعل ذلك غير الاول .

فصل

أقر ثم قال هي زيوف

٥٠١٩ - واذا أقر لرجل بالف درهم قرض أو من ثمن مبيع ، ثم قال هي زيوف أو نهرجة لم يصدق عند أبي حنيفة وصل أو قطع إذا دعي المقر له الجهاد ، ولزمه الجهاد .
وقالا : إن وصل صدق وإن قطع لم يصدق .

فصل

أقر بوديعة أو غصب وقال هي زيوف

٥٠٢٠ - ولو قال : أودعني أو غصبت منه ألف درهم ، وقال هي زيوف أو نهرجة صدق وصل أو قطع بالاتفاق ، لانه لم يقر بأمر عليه في اللمة فصدق ه
والله اعلم

باب من الإقرار بالمجهول الذي لا يرجع فيه إليه

قوله لاحق إلخ

٥٠٢١ - وإذا قال : لاحق لي قبل فلان برىء فلان مما هو مضمون عليه ، وإن
قال : لاحق لي عنده ومعه برىء مما وصله الامانة لما بيناه في الباب
المتقدم ان ذلك يحتمل ما قلناه .

فصل

لي عليك ألف درهم

٥٠٢٢ - وإذا قال رجل لرجل لي عليك ألف درهم ، فقال أترنها أو انتقدها
أو اجلني بها فهو ناقرار بها ، لأن الاجل لا يثبت الا فيما عليه ،
وكذلك الوزن ، لأن الكتابة ترجع الى ماله ذكره ، فصار كالمصدق له
في ذلك فلزمه المال .

فصل

٥٠٢٣ - ولو قال : أترن أو انتقده لم يكن اقراراً لا يحتمل غير ما اقر به ،
ولا كتابة ترجع الى ما ادعاه ، فلم يكن مصدقاً في ذلك .

فصل

له على مائة درهم ونيف

٥٠٢٤ - ولو قال : له على مائة درهم ونيف ، فالقول قوله في النيف ، كان

أقل من درهم أو أكثر لان ذلك عبارة عما زاد وأنائ.

فصل

بضع وكذا درهم

٥٠٢٥ - ولو قال له على بضع وخمسون درهماً فالبضع (١) ثلاثة فصاعداً ،
وليس له أن ينقص من الثلاثة في بيانه لما روى في تفسير قوله تعالى
« في بضع سنين » (٢) ومخاطرة أبي بكر رضي الله عنه لقريش . ان
الروم تغلب الى ثلاث سنين ، فقال النبي عليه السلام له : زد في
الخطر وابعد في الاجل ، فدل على ان البضع يقع أقله على ثلاثة لإنه
أقره على ذلك .

(١) من سورة « الروم » وأولها « ألم غلبت الروم في أدنى الارض » .

(٢) جاء في لسان العرب في مادة بضع :

البضع بالفتح والكسر ما بين الثلاث إلى العشر وبالهاء من الثلاثة إلى
للعشرة ، يضاف إلى ما يضاف إليه الآحاد ، لأنه قطعة من العدد
كقوله تعالى « في بضع سنين » وتبنى مع العشرة كما تبنى مائة الآحاد
وذلك من ثلاثة إلى تسعة . فيقال بضعة عشر رجلاً وبضع عشرة
جارية ، قال ابن سيده : لم تسمع بضعة عشر ولا بضع عشرة ، ولا
يمنع ذلك وصل البضع من الثلاث إلى التسع ، وقيل من أربع إلى
تسع ، وفي التنزيل « فلبث في السجن بضع سنين » . قال القراء البضع
ما بين الثلاثة الى ما دون العشرة ، وقال شمر البضع لا تكون أقل من
ثلاث ولا أكثر من عشرة .

فصل

سهم في داره

٥٠٢٦ - وان اقر بسهم في داره فاقل ذلك إنما هو السدس عند أبي حنيفة رضي الله عنه ، ولا يصدق فيما دونه .

٥٠٢٧ - وقالوا : لا يصدق في الثلث وما دون

٥٠٢٨ - وعلى قول الشافعي انه يرجع اليه في بيان ذلك ، وقد تقدم في كتاب الوصايا الوجه

فصل

الاستثناء بالمشيئة

٢٠٢٩ - ومن اقر بحق مجهول أو معلوم وقال : ان شاء الله متصلا بكلامه لم يلزمه .

٥٠٣٠ - والاصل في هذا الباب ان الاستثناء بالمشيئة يقف الكلام ، ولا يلزم حكمه عندنا في جميع العقود والایقاعات والافقرارات من الطلاق والعتاق .

فصل

الطلاق على مشيئة الله

٥٠٣١ - ومن قال لزوجه . انت طالق ان شاء الله لم يقع .

٥٠٣٢ - وقال مالك يقع الجميع ، ولا فرق بين الطلاق والعتق .

٥٠٣٣ - ومن الناس من فرق بين العتق والطلاق فقال :

٥٠٣٤ - يقع العتق ولا يقع الطلاق وهو قول بعض اصحابنا المتكلمين .

اتصال الاستثناء وانفصاله

٥٠٣٥ - الاستثناء يجب ان يكون متصلاً بالكلام ولا يصح بعد السكوت عن الجملة الأولى .

٥٠٣٦ - وعند ابن عباس : يصح الاستثناء المنفصل كما يصح المتصل .

٥٠٣٧ - وهذا لا يصح لانه يؤدي الى ان لا يستقر حكم بعد ثبوته في المستقبل

لزوم ما يرفع حكم الطلاق

٥٠٣٨ - واذا كان يرفع حكم الطلاق فاذا تم لزوم حكمه ، وهو كالمبتدأ والخبر الذي لا يصح تأخره عنه .

فصل

استثناء بناء الدار

٥٠٣٩ - واذا اقر الرجل بدار واستثنى البناء فلم يقر له الدار والبناء ، لأن

اقراره بالدار يوجب ثبوت يده على البناء لأنه مما يدخل في البيع على طريق التبع فصار كآله رجع عن بعض ما اقر به فلا يقبل .

فصل

استثناء بيت أو حصة من الدار

٥٠٤٠ - ولو قال الا بيتاً منها او الا ثلثها او وبعضها فالاستثناء صحيح ويلزمه

ما بقي لانه استثناء مما تناوله اللفظ .

٥٠٤١ - وفي المسألة الاولى دخل البناء من طريق المعنى واستثناء دخول من طريق الحكم فلا يصح .

فصل

بناء الدار لفلان

٥٠٤٢ - ولو قال : بناء هذه الدار او العرصة لفلان فهو كما قال لأن العرصة عبارة عن بياض الارض دون البناء في ذلك فلم يلزمه .

فصل

أقر بغصب ثوب من منديل

٥٠٤٣ - واذا قال : غصبت ثوباً في منديل من هذا الرجل لزمه جميعاً .

فصل

حنطة في جراب الخ

٥٠٤٤ - وكذلك الحنطة في جراب والتمر في قوصرة والدرة في الصدلة .

٥٠٤٥ - وقال الشافعي يلزمه المقر به دون الظرف .

٥٠٤٦ - وانفق الفريقان انه لو قال دابة في اصطبل لزمته الدابة دون الاصطبل

٥٠٤٧ - وقاله محمد يلزمه الجميع لأن الظرف يتناوله الفعل قبل المنصوب فلزمه الجميع .

٥٠٤٨ - وان قال : ثوب في عشرة اثواب لزمه الثوب عند أبي يوسف .

٥٠٤٩ - وقال محمد يلزمه احد عشر ثوباً

٥٠٥٠ - لأن العشرة لا تكون وعاء في الظاهر لثوب واحد ، ومحمد يقول يجب

تصحيح قول المكلفين .

فصل

غصبت من فلان لا بل من فلان

٥٠٥١ - ولو قال غصبت هذا العبد من فلان لا بل من فلان سلمه الى الاول
وضمن للثاني قيمته لأنه اعترف بأتلافه عليه .

٥٠٥٢ - وقال الشافعي لا يلزمه ضمان في أحد قوليه .

٥٠٥٢ - لأنه اقر بهما الغير .

فصل

نجزء إقرار بوقائع متعددة

٥٠٥٣ - ولو قال له على الف من ثمن عبد باعنيه ولم اقبضه لم يصدق وصل
أو قطع .

٥٠٥٤ - وقال الشافعي يصدق انه لم يقبض وهو قولهما .

٥٠٥٥ - وانفقوا انه لو قال من ثمن هذا العبد انه يقبل، ولا يلزمه المال حتى
يتسلم العبد .

باب
الإقرار بالوارث وللوارث
وما يلزم من ذلك وما لا يلزم

فصل

٥٠٥٦ - وإذا أقر الرجل فقال هذا ابني أو زوجتي أو مولاي الذى
اصنقني قبل إقراره إذا كان ذلك موهوماً في الأبوة والبنوة والمرأة
كذلك إذا قامت ذلك إلا الابن فإنه لا يقبل إقرارها لأنها تحمل
النسب على غيرها .

فصل

٥٠٥٧ - وإذا مات وترك ابنين فأقر أحدهما بأخ وكذبه الآخر شارك المقر
فيما صار إليه ولم يثبت النسب .
٥٠٥٨ - وقال للشافعي لا يشاركه فيما أخذ .

فصل

لا يثبت النسب بقول وارث واحد
٥٠٥٩ - ولا يثبت النسب بقول واحد من الورثة عند ابني حنيفة ومجد حين
يكون للورثة أكثر من واحد .
٥٠٦٠ - وقال أبو يوسف إذا كان للواحد هو الوارث وحده قبل إقراره
وثبت النسب .

فصل

إقرار المريض بوارث ولوارث

٥٠٦١ - والمريض اذا اقر بوارث صح اقراره وان اقر لوارث لم يصح في حق الورثة .

٥٠٦٢ - وقال الشافعي يصح في الجميع .

٥٠٦٣ - لأنه منهم في حق الورثة ، ولأن من لا يصح الوصية له بالثلث لا يصح له الاقرار كما لو اقر بمال الغير .

فصل

إقرار المريض لامرأة تزوجها بعد ذلك

٥٠٦٤ - ولو اقر لامرأة وهو مريض وهي اجنبية ثم تزوجها ومات جاز اقراره لها .

٥٠٦٥ - وقال زفر لا يصح الاقرار . لأن الدين لازم قبل التزوج

فصل

إقرار لأخ غير وارث

٥٠٦٦ - وقالوا : لو اقر لأخيه وهو غير وارث ثم صار وارثاً لم يصح اقراره اذا مات من ذلك المرض .

٥٠٦٧ - لأن سبب المنع حاصل قبل الاقرار .

فصل

وهب وهو مريض ثم تزوج الموهوب لها

٥٠٦٨ - وقالوا لو هب لامرأة وهو مريض هبة ، ثم مات وقد تزوجها ،
لم تصح الهبة ، وكانت كالوصية تقف على اجازة الورثة.

فصل

أقر لابنه بدين فتوفي ابنه قبله

٥٠٦٩ - ولو أقر لابنه بدين ثم مات الابن قبله ثم مات المقر المريض وترك
إبناً سواه جاز اقرار المريض بالاتفاق .

وارثه وارث ابنه المقر له بدين

٥٠٧٠ - ولو ان المريض لم يترك ابناً آخر ولكن وارثه وارث الابن الاول
جاز اقراره له عند عهد ولم يحل عند أبي يوسف في قوله الآخر لأنه
وارثه وحكم الاقرار له لازم .

فصل

أقر المريض بدين لرجلين أحدهما وارث

٥٠٧١ - وإذا أقر المريض بدين لرجلين أحدهما وارث فالأقرار باطل
باتفاق اصحابنا .

٥٠٧٢ - خلافاً للشافعي يصح .

٥٠٧٢ - ولو ان الاجني رد اقراره للوارث وكذبه ، وقال ليس هو لي

بشريك او رد الوارث اقراره له ويحدد ان يكون له ديناً عليه فان اقراره للاجنبي لا يصح عند ابي حنيفة .

٥٠٧٤ - ويصح في حق الاجنبي عند محمد في مقدار حصته .

٥٠٧٥ - لأن الدين اذا بطل بعضه بطل جميعه ، ولا جزء من ذلك الا وهو شريك فيه .

فصل

على الوارث دين أقر المريض باستيفائه

٥٠٧٦ - واو كان على الوارث دين فأقر المريض باستيفائه منه لم يصح ، وكان كما لو أقر له بدين في ظاهر المذهب .

٥٠٧٧ - وروى عن ابي يوسف انه يصح اقراره ، وفرق بين الاستيفاء وبين الدين .

فصل

إقرار الأجنبي لابن المريض المقر

٥٠٧٨ - ولو أقر المريض بعين في يده لأجنبي ، فقال الاجنبي هو لابن المريض وماح المريض ، بطل الاقرار في قول ابي يوسف الاول ، وفي قوله الثاني يصح وهو قول محمد .

فصل

ثلاثة بنين وثلاثة آلاف

٥٠٧٩ - واذا مات الرجل وترك ثلاثة بنين وثلاثة آلاف ، فأدعى رجل على

الميت ثلاثة آلاف ، فصدقه الأكبر في الجميع والأوسط في الفقيرو والصغير في الف فان للكبير يؤخذ جميع الالف من يده ، ومن الصغير ثلثا الالف ومن الاوسط خمسة اسداس الالف في قول ابى يوسف وقال محمد يؤخذ من الاوسط جميع الالف ايضاً وفيه يقع الخلاف خاصة .

فصل

إقرار أحد الورثة ببيت من الدار

٥٠٨٠ - واذا اقر احد الورثة ببيت من الدار لرجل ، وكذبه الآخر ، فانه يقسم اولا الدار ، فان وقع البيت في نصيب المقر سلمه الى المقر له ، وان وقع في نصيب الآخر ، فان يقسم ما صار الى المقر بينه وبين المقر له ويضرب المقر له (١) بمثل ذرع البيت والآخر بحصته فيما صار له في قول ابى حنيفة وابى يوسف .
٥٠٨١ - وقال محمد يضرَب المقر له بمثل نصف ذرع البيت (٢) .
٥٠٨٢ - وكذلك لو اقر أحدهما بوصية بيت معين فهو على هذا الخلاف ايضاً

فصل

بيع أحد الشريكين في الدار نصيبه من بيت معين
٥٠٨٣ - وقالوا لو باع احد الشريكين في الدار نصيبه من بيت معين منها لم يصح البيع ، لأنه يؤدي الى تفريق الصفقة على الآخر .
٥٠٨٤ - وروى عن ابى يوسف انه يصح ويقاسم المشتري الشريك ذلك ، وهو قول الشافعي .

(١) عبارة المقر له ، غير واردة في نسخة منيخ .

(٢) هذه النبيلة لم ترد في نسخة منيخ .

فصل

الإقرار بزوجة الأب

٥٠٨٥ - وان اقر احدهما بزوجة لأبيه وكذبه الآخر فان المقر يقسم ما صار اليه بينه وبين الزوجة على تسعة اسهم سبعة للمقر وسهمان للزوجة لأنه يقول : انا وانت وأخي كان المال بيننا على ستة عشر سهما لكل واحد منا سبعة ولك سهران وانا اقسم ما صار الى على ذلك .

٥٠٨٦ - وقال غيرنا يقسم ما صار له على ثمانية اسهم لأنه اقر بالثمن لها مما في يده ، ويد الآخر فيلزمه في حصته وهذا قول الشافعي وابن ابي ليلى .

فصل

أقر أحد الورثة بدين على أبيه

٥٠٨٧ - وعلى هذا الخلاف اذا اقر أحد الورثة بدين على أبيه وكذبه الآخر فان المقر يدفع جميع الدين مما في يديه ، لأن الدين يقدم على الميراث ويصير الأخ كالمغاصب لبعض التركة .

فصل

٥٠٨٨ - وقال الشافعي يلزمه بمحضته ما اقر به من التركة ، لأنه اقر على التركة فصار كما لو اقر بالوصية .

فصل

إقرار أحد الإبنين بالدار لها ولأجنبي

٥٠٨٩ - وان اقر أحد الابنين وهو الأكبر بان للدار التي يديهما بينهما وبين

زيد اثلاثا وقال الاصغر انها بيتنا وبين زيد وعمرو ارباعا فان الذي اقرا به جميعاً وهو زيد يأخذ من الاصغر ربع ما في يديه ويضم ذلك الى ما بيد الاكبر ويحمل بينهما نصفان ويقسم الاصغر ما بقي في يديه بينه وبين عمرو نصفين ، وهذا قول ابي حنيفة عند ابي يوسف ، وهو قوله .

٥٠٩٠ - واما قول ابي يوسف عند محمد وهو قوله : يؤخذ مما في يد الاصغر لزيد الذي اقرا به جميعاً خمس ما في يده ويضم الى ما بيد الاكبر ويقسم بينهما نصفان ويقسم الاصغر ما بيده بينه وبين عمرو نصفين .

٥٠٩١ - وقد روى هذا للقول ابن زياد عن ابي حنيفة ، حكاه الطحاوي .

فصل

صور من الإقرار بالشركة في المال

٥٠٩٢ - ولو قال رجل لآخر : هذا العبد انت شريكي فيه فهو بينهما نصفان بالاتفاق ، وان قال لفلان شركة في هذا العبد فهو بينهما نصفان كما لو قال شريكي (عند ابي يوسف (١)) ،

٥٠٩٣ - وقال محمد للبيان الى المقر ، وقوله شركة مثل قوله له نصيب وجزء منه .

فصل

الإقرار بنخلة في بستان

٥٠٩٤ - واذا لرجل بنخلة في بستان فان الإقرار بها وما تحتها من الارض في قولهم جميعاً .

(١) ما بين قوسين لم يرد في النسخة المعتمدة .

٥٠٩٥ - واختلفوا في البيع فقال ابو يوسف لا يدخل في البيع ما نحت
النخلة من الارض وقال محمد يدخل موضع الاصل في البيع خاصة
دون مواضع العروق لأنه لا يتوصل الى بقائها إلا بما نحتها .

فصل

إقرار الحر في

٥٠٩٦ - والحربي اذا اسلم في دار الاسلام فأقر لرجل بأنه اخذ منه الف
درهم وهو حربي ، فقال المأخوذ منه بل اخذت ذلك وانت مسلم ،
او المسلم الذي قال اخذت منك وانت حربي وقال : اخذت مني
وأنا مسلم ، فان كان الشيء قائما فالقول قول المأخوذ منه بالانفاق
وان كان هالكا فالقول قوله ايضاً عند ابي حنيفة وابي يوسف .
٥٠٩٧ - وقال محمد القول قول الاخذ ، ولا ضمان عليه ، لأنه لم يقر بما
يوجب الضمان .

٥٠٩٨ - وكذلك الخلاف في القتل والقطع .

فصل

لفلان أو لهذا الحائط

٥٠٩٩ - ولو قال لفلان على عشرة دراهم أو لهذا الحائط فعليه المال عند
ابي حنيفة .

٥١٠٠ - وقال ابو يوسف ومحمد لا يلزمه شيء وكأنه قال أو لا شيء .

فصل

الإقرار المقترن بالخيار

٥١٠١ - وانفق اصحابنا انه اذا قال : له علي عشرة وانا بالخيار ان المال يلزمه ، لأن الخيار يثبت فيما يقبل الفسخ ، والاقرار لا يقبل الفسخ بعد ثبوته .

فصل

لفلان وإلا فلفلان

٥١٠٢ - ولو قال لفلان على مائة درهم والافلفلان لم يلزمه شيء ، وصار كأنه قال او لفلان ، عند ابى يوسف .

٥١٠٣ - وقال محمد يلزمه للأول ولا شيء للثاني .

فصل

أقر بألف إلا مائة أو خمسين

٥١٠٤ - ولو قال له على ألف درهم إلا مائة درهم أو خمسين درهماً ، قال في بعض الكتب يلزمه تسعمائة ، وقال في موضع آخر يلزمه تسعمائة وخمسون ، لأن أو ، دخلت على حرف الاستثناء فاثبت المتبقي في رواية واثبت في الاخرى ما زاد لأنه اسقاط ما قد ثبت فلا يسقط بالشك .

فصل

الأكبر حنطة وقفيز شعير

٥١٠٥ - ولو قال له : على كره حنطة وكر شعير الا كره حنطة وقفيز شعير

فاستثناء الكر الحنطة باطل في قولهم جميعاً .

٥٠٦ - وابطل ابو حنيفة استثناء القفيز ايضاً .

٥١٠٧ - واجاز ذلك ابو يوسف ومجد لانه يصح .

فصل

أنت حر وحر إنشاء الله

٥١٠٨ - ولو قال لعبد أنت حر وحر انشاء الله عتق العبد عند أبي حنيفة ،

لأن الكلمة الثانية لغو ، فصار كما لو سكت .

٥١٠٩ - وقال ابو يوسف لا يعتق لأن الكلام متصل .

فصل

الاستثناء من الكتاب

٥١١٠ - وقال أبو حنيفة لو أقر بدين وكتب به كتاباً ، وقال في آخره ،

ومن قام بهذا الدين فهو ولي ما فيه ان شاء الله ان الكتاب

يبطل جميعه .

٥١١١ - وقال ابو يوسف ومجد الاستثناء يرجع الى ما يليه خاصة ، وان

الدين لازم له .

٥١١٢ - لان الكتاب كالكلمة الواحدة ، لان الإفادة تحصل بالفراغ منه .

فصل

فيا أعلم أو فيا أظن

٥١١٣ - ولو قال : لفلان على ألف درهم فيا أعلم بالإقرار باطل عند

أبي حنيفة ومجد .

٥١١٤ - وقال أبو يوسف الإقرار جائز .

٥١١٥ - وإنفقوا على أنه لو قال فيها اظن أو فيما احسب ان الإقرار باطل .

فصل

من درهم إلى عشرة

٥١١٦ - ولو قال لفلان علي من درهم إلى عشرة أو ما بين درهم إلى عشرة

لزمته تسعة في قول أبي حنيفة .

٥١١٧ - وقال أبو يوسف يلزمه الجمع .

٥١١٨ - وقال زفر يلزمه ثمانية .

من عشرة دراهم إلى عشرة دنانير

٥١١٩ - وإن قال من عشرة دراهم إلى عشرة دنانير ، أو ما بين عشرة

دراهم إلى عشرة دنانير فإنه يلزمه عشرة دراهم وتسعة دنانير .

٥١٢٠ - والحنطة والشعير كذلك تلزمه الاقفيز حنطة يهبط من على الجنسين

مقدمات كان أو مؤخرأ عند أبي حنيفة .

٥١٢١ - وعندهما يلزم الجميع .

٥١٢٢ - ولا يجب عليه عند زفر ، الغاية لا تدخل في الكلام ، وكذلك الإبتداء

فتسلط الغاية والابتداء ، ويوجب ما بين ذلك .

٥١٢٣ - وكذلك قوله في الطلاق والعناق .

فصل

ألف درهم بل مائة دينار

٥١٢٤ - ولو قال له علي ألف درهم بل مائة دينار لزمه الجميع عندنا
بلا خلاف .

فصل

أقر بألف مؤجلة

٥١٢٥ - ولو قال : له علي الف الى سنة فقال المقر له بل هي حالة ، فالقول
قول المقر له مع يمينه في نفي الاجل لأنه اقر بالمال وادعى الأجل .

فصل

الإقرار بالكفالة مؤجلة

٥١٢٦ - ولو قال : كفلت له بألف درهم الى سنة فالقول قول الكفيل .
٥١٢٧ - ومن اصحابنا من قال القول قول المكفول له مثل الاول .
٥١٢٨ - وقال بعض الفقهاء : للقول قول المقر مع يمينه أنه مؤجل لأنه لم
يعترف بحق حال .

فصل

أنكرت الزواج ثم ادعت النكاح بعد موته

٥١٢٩ - ولو أنكرت امرأة ان رجلا تزوجها ثم مات فأدعت النكاح وصدقته
ورثت منه بأجماع اصحابنا .

ادعى نكاحها بعد موتها

- ٥١٣٠ - ولو كانت المرأة هي التي اقرت وكذبها الرجل ثم ماتت فأدعى النكاح لم يرث عند أبي حنيفة .
٥١٣١ - وقال أبو يوسف ومحمد يرث .

فصل

الإقرار بالولد إقرار بالزوجية

- ٥١٣٢ - ولو اقر رجل بولد ، ثم مات فحضرت امه وادعت انها زوجته فإنها ترث ، واقاراه بالولد إقرار بالزوجية لأن امر المسلم يحمل على الصحة والسلامة ما امكن .
٥١٣٣ - وقال الشافعي لا تكون زوجته الا بالبينه او اقرار الرجل بها ، وهو قول زفر لأن الولد قد يكون ولدأ من وطء شبهة وملك يمين فلا يكون ذلك اقرارأ بالروجة .

فصل

تصديق المقر في عدم القبض

- ٥١٣٤ - وإن اقر لحمل امرأة بمال فهو على ثلاثة اوجه :
في وجه يصح باجماع وهو ان يقول لحمل هذه المرأة عندي وصية او ميراث من جهة من يرثه فهذا يصح اجماعاً .
٥١٣٥ - والثاني ان يقول : اقرضني او باعني واخذت منه كذا فهذا لا يصح بالاجماع .
٥٥٣٦ - والثالث : اذا اطلق القول والاقرار ولم يصفه الى شيء من ذلك ، قال أبو يوسف اقراره باطل ولا يلزمه شيء .

٥١٣٧ - وقال محمد يلزمه ما اقر به اذا خرج الولد حياً لأنه يمكن حمل قوله على الصحة .

فصل

أقر بقرض لم يقبضه

٥١٣٨ - والاقرار بالبيع والاجارة والعارية اذا قال لم اقبض فانه يصمدق لان البيع يتم من غير قبض وكذلك قد يستعير ولا يسلم اليه .

فصل

أقر لحمل بمال

٥١٣٩ - وان اقر بقرض وقال لم اقبض فالقياس ان يقبل قوله .

٥١٤٠ - والاستحسان ان لا يقبل ذلك ويلزمه المال ،

لأن القرض لا يتم الا بالقرض فهو كالقبول في البيع ، وكذلك القياس والاستحسان في السلم ، والعلة فيه هواء .

فصل

بيع التلجئة

٥١٤١ - واذا اتفق رجلان على ان يبتاعا بيماً على التلجئة اليه ، فتبايما ولم

يذكرا التلجئة في البيع فالحكم لما (١) اظهراه الا ان يتفقا على انها قصدا للتلجئة .

٥١٤٢ عند أبي حنيفة ان ماتقدم منهما قد اعرضا عنه فصار كأنهما لم يتفقا على شيء

(١) عبارة : فالحكم لما اقتضاها السياق فاضفناها

٥١٤٣ - وقال ابو يوسف ومجد الحكم لما ابطناه (١) والبيع فاصد الا ان يتلقا
على انهما قصدا البيع ، لأن ما تقدم منهما يؤثر في الذي تصداه بعده .

فصل

اختلاف الوكيل والموكل في الصفقة لمن ؟

٥١٤٤ - واتفق اصحابنا على ان رجلا لو اقر بائنه وكل وكيلا بشراء عبد
له بعينه فقال الوكيل : اشتريت العبد لك .

وقال الموكل لم تشتري فان (كان) للعبد في يد الوكيل فالقول قوله
مع يمينه ، ولا فرق بين ان يكون دفع الثمن اليه او لم يدفع لانه
اعترف بالاذن له في الشراء ويريد ان يرجع عنه فلا يقبل .

فصل

هلاك الشيء محل العقد الموكل به

٥١٤٥ - وان كان العبد قد هلك ، فان كان الموكل قد سلم اليه الثمن فالقول
قول الوكيل لانه أمين في ذلك ، وان كان الدفع للثمن لم يحصل
فالقول قول الموكل لأن الاصل براءة اللزمة ، والوكيل يريد ان
يلزمه الثمن فهو المدعى بهذا .

فصل

وكله بشراء عبد بغير عينه

٥١٤٦ - ولو كان وكله بشراء عبد بغير عينه فقال الوكيل اشتريت فان كان
العبد هالكا فالقول قول الموكل لان العبد يدعى الضمان .

(١) في النسخة : ابطناه والصواب ما ذكرناه لسنان المعنى د

فصل

العبد قائم

٥١٤٧ - وان كان الموكل دفع الثمن فالقول قول الوكيل لانه امين فيما دفع اليه .

فصل

العبد قائم

٥١٤٨ - وان كان العبد قائما في يديه واختلفا فقال الموكل اشتريته لنفسك ، وقال الوكيل انا اشتريته لك ، فان كان دفع الثمن فالقول قول الوكيل لما بيناه ، وان كان لم يدفع الثمن فالقول قول الموكل عند ابي حنيفة لان الوكيل يدعي للثمن .
٥١٤٩ - وقال ابو يوسف ومحمد الفول قول الوكيل لانه اعترف له بالاذن .

فصل

ادعت أنها أم ولد

٥١٥٠ - ولو ان امة في يدي رجل فقالت : انا أم ولد لفلان او معتقة له ، فصدقتها المقر له وقال الذي هي في يديه انت امتي ، فالقول قول الامة والمقر له عند ابي حنيفة ومحمد .

فصل

ادعى أن أمه أم ولد

٥١٥١ - ولو كان مكان الامة رجل فقال : انا ابن فلان وامي ام ولد له . وقال الذي هو في يديه انت عبدي وامك امني ، فالقول قول الذي هو في يديه عند ابي حنيفة .

٥١٥٢ - وقال ابو يوسف ومحمد اللؤلؤ قول المقر له لأنه لم يعترف برق .

فصل

مجهولة النسب تزوجت ثم أقرت بالرق

٥١٥٣ - والمرأة المجهولة النسب اذا تزوجت رجلا ثم أقرت بالرق لآخر قبل اقرارها بالرق على نفسها ولا تصدق (في) ابطال النكاح ، وما ولدت قبل الاقرار فهم احرار ، وكذلك ما ولدت لأقل من ستة اشهر من يوم لاقرار .

٥١٥٤ - وما ولدت بعد ذلك فهم ارقاء عند ابى يوسف و احرار عند محمد لانها لا تصدق على رق الولد .

مسائل الكيس

٥١٥٥ - وفي كتاب الاقرار كل عجب من المسائل نحو مسائل الكيس والوصايا وغير ذلك ، من خلاف أصحابنا والمخالفين ، وذكر الجميع فلا يمكن مخافة طول الكتاب فمن مسائل الكيس في يدي رجلين فقال احدهما الكيس بيني وبين فلان اثلاثا له الثلث ولى الثلثان ، وقال شريكه بل له النصف من الكيس ولى انا النصف ، فلا يخاو اما ان يكذبها ويدعى الكل ، او يصدقها او يصدق احدهما ، والفسحة مع تكذيبهما جميعا أن يأخذ من المقر بالنصف خمس ما في يده ومن المقر بالثلث خمس ما في يديه ، وهذا قول محمد في الجامع الكبير .

٥١٥٦ - وعن ابى يوسف انه يأخذ من المقر بالنصف نصف ما في يديه ، ومن المقر بالثلث ثلث ما في يديه .

فصل

- ٥١٥٧ - واذا صدق صاحب النصف اخذ الخمس من المقر بالثلث وضمه الى ما في يدي المقر بالنصف ، فيقسم ذلك بينهما نصفان وكذلك ان صدق صاحب الثلث خاصة اخذ الخمس من صاحب النصف وضمه الى ما بيد صاحب الثلث ، وقسم ذلك بينهما اثلاثا
- ٥١٥٨ - واذا قلنا انه لا يمكن ذكر المسائل وكان المقر له تارة يستوفي ما اقر له به وتارة يصلح عنه وتارة يسقط بالابراء وجب ذكر الصلح عند ذلك .

كتاب الصلح

وهذا كتاب الصلح

جواز الصلح

- ٥١٥٩ - اعلم ان الصلح في الجملة جائز .
- وقد ورد القرآن به في آية الشقاق (١) .
- وقال الله تعالى : والصلح خير .
- وقال تعالى : وان طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فاصلحوا بينهما (٢)
- وقد صالح النبي صلى الله عليه وسلم سهيل بن عمرو (٣) .
- وفي رسالة عمر الى ابي موسى : والصلح جائز بين المسلمين الا صلحاً حرم حلالاً او أحل حراماً .

(١) وان خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكماً من اهله وحكماً من اهلها (٥ م النساء ٤) .

(٢) وان امرأة خافت من بعلها لشوراً أو اعرافاً فلا جناح عليهما . وان يصلحا بينهما ، والصلح خير (النساء ٥) .

(٣) ارسلت قريش قبل اسلامها سهيل بن عمرو الى النبي عام الحديبية بعدما صدرت رسول الله (ص) عن زيارة البيت سنة ست للهجرة فكتب بينه وبينهم كتاب الصلح المشهور وقد جاء في أول هذا

وقال لمعاوية : وعليك بالصلح بين المسلمين ما لم يتبين لك
فصل القضاء ،

وقال : رددوا الخصوم كي يصطلحوا .

فصل

ما يجوز الصلح عليه

٥١٦٠ - وهو يجوز على كل مال وعن كل حق أخذ العوض عليه من سائر
الحقوق واتلاف الاموال والجنايات والقروض والمدائبات .

فصل

أضرب الصلح

٥١٦١ - وهو عندنا على ثلاثة اضرب :

يكون تارة عن اقرار وتصديق .

والثاني عن سكوت لا اقرار معه .

والثالث يكون مع الانكار والحدود وهو جائز في الجملة عندنا
في الاضرب الثلاثة .

وقال الشافعي : لا يجوز مع الانكار

واتفق الفريقان ان الاجنبي اذا صالح عن المنكر انه يجوز وان كان
الحق ما ثبت عليه .

- للصلح وهذا ما صالح محمد بن عبدالله سهيل بن عمرو الخ ، (انظر هذا
الكتاب في جمهرة رسائل العرب لأحمد زكي صفوة ج ٣ ص ٣٠-٣٢)

فصل

تكييف الصلح على إقرار

٥١٦٢ - والصلح اذا وقع عن اقرار اعتبر فيه ما يعتبر في البياعات اذا وقعت

في المال بالمال ، لأن المدعي عليه يعطي عوضاً عما أقرب به ، وهذا في معنى البيع فوجب اعتبار البياعات .

وان وقع على منافع أو بمنافع اعتبر بالاجارات لأنه اخذ المنفعة بالعوض ، او اخذ العوض عن المنفعة فيعتبر في ذلك ما يجوز في الاجارات .

وبالجملة يجب ان يعتبر بأقرب العقود اليه وأقربها في الصحة وحمل الأمر في جانب على ما يجوز دون ما لا يجوز ، لأن أمر المسلم محمول على الصحة والسلامة .

فصل

الصلح عن إنكار

٥١٦٣ - فاذا وقع على الإنكار والسكرت فيكون ما يبذله المدعي عليه عن الخصومة واسقاط اليمين ، وما يأخذه المدعي بمعنى المعاوضة عن حقه ، لأنه يزعم انه حق في دعواه ، وان ما يأخذه هو عوض عما يستحقه ، ولولا ذلك لما جاز له الاخذ ، فيعامل كل واحد بحسب ما يقتضيه ويذبحه وببذله ، وغير ممنوع ان تختلف العقود في حق العاقدين كالأقالة هي فسخ بين المتعاقدين بيع في حق غيرهما .

فصل

الصلح عن دار

٥١٦٤ - فاذا وقع الصلح عن دار لم تجب فيها الشفعة باتفاق أهل الجماعة اذا

كان الصالح من الكار ، وان كان على اقرار وجبت الشفعة ، لأنها بمنزلة البيع ، لأن الذي في يديه الدار يزعم انه لم يملكها بالصالح وانما دفع المال افتداء ليمينه فلا يصدق عليه المدعي .

فصل

الصالح بدار

٥١٦٥ - وان كان الصالح بدار اخذها المدعي وجبت فيها الشفعة ، لأنه يزعم انه ملكها بعرض ، فصار كما لو أقر بالشراء وجحد البائع البيع المشتري فانها تؤخذ بالشفعة .

فصل

استحقاق المصالح عنه

٥١٦٦ - وان كان الصالح على اقرار فأستحق المصالح عنه او بعضه ورجع في العوض كله ان كان استحق الكل وفي قدر ما استحق من للبعض ، لأن حكم الصالح مع الاقرار حكم البيع .

فصل

استحقاق المدعي في الصالح عن إنكار

٥١٦٧ - ولو كان الصالح عن انكار واستحق المدعي ، فان العوض يجب رده ، لأن المدعي عليه بلل المال عن دفع الخصومة واليمين عن نفسه ، ومع الاستحقاق تبين انه لا خصومة بينهما ولا عين عليه ، فيجب رد العوض ، لأنه اخذه عن غير شيء (١) .

(١) من تطبيقات الكسب دون سبب .

فصل

٥١٦٨ - واو كانت الدعوى طائفة من الدار أو نصلها فاستحق النصف منها
لم يرد شيئاً من المال ، لانه لا يجوز ان يقول حقي ما لم يستحق
من ذلك .

فصل

استحقاق ثلثي الدار

٥١٦٩ - واو استحق ثلثا الدار رجع الدافع على المدفوع اليه بثلاث العوض ،
لان ثلث ما ادعاه قد استحق وتبين انه اخذ عنه ما لا يستحقه (١) .

فصل

٥١٧٠ - ولو كان المدعي قال : لك نصف الدار ولي في الباقي حق ، واستحق
من الدار ثلثاها ، فانه يقال للمدعي : كم كان حقلك من النصف ؟
فان قال : كان حقي الثلث من ذلك فانه يرجع عليه بنصف
ما اخذه ، لانه يقول كان حقلك النصف وحتى السدس والثلث
للمستحق ، فلما استحق الثلثان فقد اخذ من حقلك نصف سدس
ومن حقي نصف سدس ، فرجع في نصف العوض .

فصل

الف إلى أجل

٥١٧١ - ولو كان له على رجل الف الى أجل فعماله منها على مائة فهو جائز
ويكون قد حط منه مازاد على ذلك .

(١) من تطبيقات مبدأ الكسب دون سبب .

فصل

الصلح عن الحدود

٥١٧٢ - ولا يجوز الصلح عن الحدود لان ذلك حق لله تعالى لا يصح الصلح عنه .

فصل

دعوى الرجل نكاح امرأة

٥١٧٣ - ودعوى الرجل لنكاح امرأة وهي تجمد فصالحته على مال حتى يدع جائر ، ويجعل ذلك كالحلع .

فصل

٥١٧٤ - ولو كانت هي التي ادعت ، والزوج ينكر فصالحها على مال لم يجز ، لانه لا يوجد من جهتها ما يأخذ العوض عنه ، والرجل لا يجب عليه عوض لاجل للفرقة .

فصل

الصلح عن دعوى العتق

٥١٧٥ - واذا ادعى العبد على مولاه العتق فأنكر ، فصالحه المولى عن دعواه لم يجز لأنه اذا اخذ العوض لم يملكه ، ووجب رده الى المولى (١) .

(١) في هذا المثال يتجلى مبدأ الكسب دون سبب وقاعدة الغرض من للعقد

فصل

عكس ذلك

٥١٧٦ - ولو كان المولى هو المدعى عليه انه اعتقه على مال ، والعبد ينكر .
فصالحه عن ذلك المال جاز ، وبصير كأنه اعتق على ذلك القدر ،
وحظ عنه ما زاد ،

فصل

تكييف الصلح على الدين

٥١٧٧ - وكل شيء وقع الصلح عليه وهو المستحق بعقد المداينة لم يحمل على
المعاوضة ، وإنما يحمل على انه استوفى بعض حقه واسقط باقيه ،
كن له الف فصالح على خمسمائة أو له دراهم جياذ فصالح على زيوف
فانه يحمل على اسقاطه بعض حقه واسقاط حقه من الجودة . (١)
٥١٧٨ - ولو صالحه على الف مؤجلة جاز وكأنه أخر نفس الحق لأنه
لا يصح حله على المعاوضة (لأن بيع المعاوضة بمثلها نسبية لا
يجوز فحملناه على التأخير) (٢)

٥١٧٩ - ولو كانت للدراهم المدعاة مؤجلة فصالحه على خمسمائة دينار حالة
لم يجوز لأن الدين المؤجل لا يستحق تعجيله فيصير في حكم المعاوضة
فلا يجوز بيع ذلك لسيئة .

(١) الهداية ١٩٧/٣ تحت عنوان باب الصلح في الدين .

(٢) مابين قوسين من الهداية ١٩٣/٣ تحت عنوان باب الصلح في الدين .

فصل

ادعى دارا أنها كانت لآبيه

٥١٨٠- ولو ادعى داراً أنها كانت لآبيه وأله مات وتركها ميراثاً لسائر الورثة فاقبل له بها أو أنكر ذلك وصالحه منها على مال فليس لأحد الورثة أن يشركه فيها أخذه من ذلك لأنه صالح عن حقه لاحق الميت.

باب الصلح في الدين المشترك

فصل

ادعى ألفاً كانت لأبيه

٥١٨١ - ولو كان ادعى عليه ألفاً فصالحه عن ذلك على شيء ، كان الباقي الورثة ان يدخلوا فيما اخذ من ذلك .

٥١٨٢ - وكذلك الرجلان يكون لهما ألف على رجل فصالح احدهما عن نصيبه بمال فله شريكه الخيار ان يأخذ منه نصف ما قبض (١) وان شاء ان يتبع الغريم بماله ، فان نوى الدين رجع فيما اخذه الشريك لأن قسمة الدين في اللزمة لا تجوز .

٥١٨٣ - وقال غيرنا ليس له ان يشاركه فيما يأخذ .
وحكى عن أبي يوسف مثله (٢) .

(١) الهداية (١٩٩/٣) قيد ذلك بقوله : الا ان يضمن له شريكه ربع الدين
(٢) حلت قاعدة الدين المشترك في الهداية على النحو الآتي :

و أصل هذا ان الدين المشترك بين اثنين اذا قبض احدهما شيئاً منه ، فلصاحبه ان يشاركه في المقبوض ، لأنه الزداد بالقبض ، إذ مالية الدين باعتبار عاقبة القبض ، وهذه الزيادة راجعة الى أصل الحق

فصل

بطلان الصلح عن مال بمنفعة يموت أحدهما في المدة

٥١٨٤ - وإن صالحه على سكن بيت أو خدمة عبد أو ركوب دابة شهراً ،
فمات المدعي أو المدعى عليه قبل ذلك بطل الصلح عند مده ، وجعل
ذلك بمنزلة الاجارة (١) .

٥١٨٥ - وقال ابو يوسف اذا مات المدعى عليه لا يبطل الصلح ، وإن مات
المدعى فإن كان على سكن دار أو خدمة عبيد لم يبطل الصلح ،
ويبطل في ركوب الدابة .

فصل

صالحه على خدمة عبد فقتل

٥١٨٦ - وإن صالحه على خدمة عبد فمات العبد أو قتله رجل اجنبي أو
المدعي أو المدعى عليه بطل الصلح عند مده وقال ابو يوسف ،
إذا قتله اجنبي فالمدعي بالخيار ان شاء للرض الصلح ورجع على

= فتصير كزيادة الولد والثمرة ، فله حق المشاركة ، ولكنه قبل المشاركة
باق على ملك القابض ، لأن العين غير الدين حقيقة ، وقد قبضه بدلا
عن حقه فيملكه ، حتى يتفقد تصرفه فيه ، ويضمن لشريكه حصته .
(١) وردت هذه القاعدة في الهداية (١٩٢/٣) مطلقة من التفصيل الوارد
في البند اللاحق عليها وقد جاء في المرجع المذكور وإن وقع
(الصلح) عن مال بمنافع يعتبر بالاجارات ، فيشترط التوقيت فيها
ويبطل للصلح بموت أحدهما في المدة .

دعواه ، وان شاء مضى على الصلح ، ويؤخذ من القاتل قيمة العبد
فيشتري بها عبد آخر فيخدمه .

فصل

صالحه على خدمة عبد فاجره

- ٥١٨٧ - ولو صالحه على خدمة عبد فاجره المدهي من المدهي عليه فالاجارة
جائزة عند ابي يوسف ، سلك به مسلك التعليل .
٥١٨٨ - وقال محمد لا يجوز كما في الاجارة .

فصل

صالحه على الغنم بصوفها

- ٥١٨٩ - ولو ادعى غنما على رجل فصالحه في دعواه على الصوف الذي على
ظهورها على ان يجزه في الحال ويسلمه ، جاز الصالح عند ابي
يوسف ، ولم يجز عند محمد .
٥١٩٠ - والتفقا على انه لو صالحه على صوف على ظهر غنم اخرى لم
يجز الصلح .

فصل

تزوجها على الجراحة في جرح العمد

- ٥١٩١ - والمرأة اذا جرحت رجلا جراحة عمد فتزوجها على تلك الجراحة
لقال : تزوجك على الجراحة او الشجة او الضربة ، فان برأ من
ذلك فأرش ذلك هو المهر في قسوتهم جميعاً ، وان مات فعند ابي

حنيفة لها مهر مثلها وعليها القصاص في القياس ، والاستحسان ان
عليها الدية في ما لها ولها مهر مثلها ويتقاصان (١) .

٥١٩٢ - وعند ابي يوسف ومحمد صار كأنه تزوجها على القصاص فوسع
العفو ولها مهر مثلها .

فصل

لو كانت الجناية خطأ

٥١٩٣ - ولو كانت الجناية خطأ ، ففي قول ابي حنيفة الدية على عاقلتها ولها
عليه مهر مثلها .

٥١٩٤ - وفي قولها كأنه تزوجها على الدية ، فان كان مهر مثلها عشرة آلاف
سلم لها ذلك ، وسقط عن عاقلتها ، وان كان مهر مثلها الف درهم
فان كانت تسعة آلاف تخرج من الثلث للزوج لذلك لها ويسقط
من العاقلة وان لم يخرج من الثلث فلها مقدار ما يخرج من الثلث ،
ويؤخذ الباقي من العاقلة .

فصل

الصلح على عهد مفصوب

٥١٩٥ - واذا غصب رجل عبداً فصالحه مولاه على اكثر من قيمته جاز ،
سواء كان ذلك العبد هالكا او باقياً عند ابي حنيفة .

٥١٩٦ - وقال ابو يوسف ومحمد : ان كان هالكا لا يجوز على الزيادة .

٥١٩٧ - وهو قول الشافعي .

(١) المقاصة

٥١٩٨ - لأن العبد عند أبي حنيفة كافٍ قالما في الدمة

فصل

٥١٩٩ - وإذا ادعى الوديعة أو العارية أو الرهن أو البضاعة فقال : هلك ذلك أو ردته عليك ثم صالح عن ذلك بطل الصلح عند أبي يوسف ولم يبطل عند محمد .

٥٢٠٠ - وقيل ان قول أبي حنيفة مثل قول أبي يوسف لأنه قال في الاجير المشترك اذا صالح عن دعوى الضياع اذ لا يجوز ، فيجب ان يكون قوله مثل ذلك .

فصل

الصلح على ثوب قيمته عشرة حالة

٥٢٠١ - واو اتلف ثوباً قيمته عشرة حالة فصالحه على عشرة مؤجلة صح الصلح .

٥٢٠٢ - وقال الشافعي لا يصح .

فصل

الروشن على الطريق العام

٥٢٠٣ - وان اشرع روشنا (١) على طريق المسامعين فلكل أحد منعه وان لم يضر المارة .

٥٢٠٤ - وقالوا والشافعي اذا لم يضر بأحد فليس لأحد منعه .

٥٢٠٥ - وجعل ذلك أبو حنيفة بمنزلة الدكة والبناء في هواعا العير وللرب المشترك

(١) الروشن فارسية لم يتعرض لها شفاء الغليل لشهاب الدين الخوافي بالذكر ، واكنه ذكر لفظة قريبة منها وهي روزنة وقال : الكوة ، مغرب . وفي قاموس آموزكار ان روزنة هي النافذة ، ولم يتعرض لها ايضا كتاب الالفاظ الفارسية المعربة للسيد ادنى شير ولا المعرب للجواليقي ، وجاء في قاموس آموزكار ما مفاده ان الروشن بالفتح هو الكوة والمنور .

فصل

الجدوع والقمط

٥٢٠٦ - ورخص (١) عند ابي حنيفة بالجلوع على الحائط وبالتريبع ببناء احدهما وبوجه البناء ولا يرخص بالهراوي ولا بالقمط (٢) وقال ابو يوسف يرخص بالقمط .

النزاع على السقف

٥٢٠٧ - وصاحب السفل والعلو اذا تنازعا في السقف فهو لصاحب السفل لأنه على ملكه ، ولصاحب العلو الانتفاع به .

٥٢٠٨ - وقال الشافعي هما سواء

فصل

انهدام السفل والعلو

٥٢٠٩ - واذا انهدم السفل والعلو ، وامتنع صاحب السفل من البناء فانه لا يجبر على البناء .

٥٢١٠ - وقال الشافعي يجبر ، ولكن يبنى صاحب العلو ، ويمنع صاحب السفل من الانتفاع حتى يعطيه ما انفق في رواية ، وفي رواية اخرى القيمة .

فصل

إجبار الشريك في النهر على الإنفاق

٥٢١١ - ويجبر الشريك في النهر والبئر على الإنفاق .

(١) في النسختين : ويرجع .

(٢) الهراوي جمع هراوة وهي العصا الغليظة والقمط ما تشد به الأخصاص

(جمع خص اي البيت من القصب) (لسان العرب) .

٥٢١٢ - وقال الشافعي لا يجبرني أحد القولين .

فصل

٥٢١٣ - وإن انفق الشريك كان ديناً له على شريكه .

٥٢١٤ - وقال الشافعي هو منطوع بذلك .

فصل

وضع خشبة على حائط الجار

٥٢١٥ - وليس للجار وضع خشبة على حائط جاره إلا بأذنه .

٥٢١٦ - وقال مالك له ذلك .

وهو أحد قوليه

٥٢١٧ - وكتاب الصلح فيه مسائل كثيرة ، وقد ذكرنا من ذلك ما يجوز أن

يقع ، وإذا قد ذكرنا ذلك وكان الإنسان يجوز أن يبيع ماصلاً

عليه ويجوز أن يوقفه وجب ذكر الوقف .

كتاب الوقف

فصل

وهذا كتاب الوقف

عموم البلوى بالوقف

٥٢١٨ - اعلم ان الوقف من امهات الكتب والبلوى به عامة لكل حاكم ،
وعامة الفقهاء وهو اكثر ما يدور في البلاد .

فصل

تعريف

٥٢١٩ - وقد ترجم كتابه بانه ازالة ملك الى غير مالك ، من غير انلاف .
هذا معناه عند اصحابنا

٥٢٢٠ - وقيل انها سمي وقفاً لأن المالك وقف تصرفه فيه .

٥٢٢١ - وقيل انها سمي بذلك لأن الموقوف عليه لا يتصرف في ذلك .

٥٢٢٢ - وبهذا سمي حبساً لأنه محبوس .

فصل

أنواع العقود من حيث المحل

٥٢٢٣ - والعقود على ضربين :

منها ما يقع على العين .

ومنها ما يقع على المنفعة .

٥٢٢٤ - وكل واحد من العقدين اخي ما يقع على الرقة والمنفعة بتنوع :

فمنها ما يملك بنفس العقد وهو البيع والنكاح .

ومنها ما يعتبر فيه معنى زائد على العقد ينظم الى العقد فن ذلك الهبة يعتبر (فيها) القبض والأذن فيه مع العقد ، وهو تسليم العين الى الموهوب له ، وفي المسجد الصلاة فيه ، وفي المقبرة الدفن وفي السقاية ان يتطهر منها الناس وفي الوقف حكم الحاكم ، او يخرج منه في مخرج الوصية بعد الموت ، وفي للوصية موت الموصى .

فهذه المعاني هي التي تعتبر في هذه العقود .

فصل

٥٢٢٥ - وذكر المتأخرون من اصحابنا ان الوقف قسرية مندوب اليها

ويستحب فعلها ، غير انه لا يزول ملكه عنه ، ويستحب له ان لا يرجع فيه ، وكذلك اذا مات ، المستحب لورثته ان لا يرجعوا .

٥٢٢٦ - وحكى الطحاوي ان عند أبي حنيفة ان الوقف باطل (١) ،

وحكى المخالفون عنه انه عنده مكروه .

٥٢٢٧ - ولو كان مكروهاً لما فعله النبي (ص) والأئمة بعده وسائر الناس .

في جميع الازمان يفعلونه من غير تكبر ، ولان المقصود منه القرية فهو كسائر القرب .

فصل

مصير الملك الموقوف

٥٢٢٨ - والوقف على ملك مالكة ، ولا يزول بمجرد القول ، ويورث عنه

الا ان يحكم به حاكم او يخرج مخرج الوصية .

٥٢٢٩ - وقال ابو يوسف يزول ملكه بنفس العقد .

٥٢٣٠ - وهو قول الشافعي .

٥٢٣١ - وقال محمد لا يزول بنفس العقد حتى يتفهم اليه قبض الموقوف

عليه او الوالي .

٥٢٣٢ - وقد روى ابن عباس انه لما نزلت آية الماراث قال النبي عليه السلام

لا حبس عن فرائض الله ،

٥٢٣٣ - وقال شريح : جاء محمد ببيع الحبس ، يعني دين محمد .

٥٢٣٤ - وهذا اخبار عن امر محمد ، ولا يعلم ذلك الا توقفاً ، ولانه ازالة

ملك لا الى مالك ، وليس باتلاف كما لو وهب لواحد من الناس

فهنا اولى .

(١) في عبارة الطحاوي تفصيل فقد جاء في مختصره في حكاية قول ابي

حنيفة في الوقف .

« ولا يجوز تحييس الرجل داره ولا أرضه ولا وقفه لها ، ولا

صدقته لها ، وان جمل آخرها لله عز وجل ، في قول ابي حنيفة (ر)

الا ان يكون فعل ذلك في مرضه الذي مات فيه فيخرج

مخرج الوصايا ، ويجوز كما تجوز الوصايا . وقد روى ان محمد بن

الحسن عن ابي حنيفة ان ذلك لا يجوز منه في مرضه ، كما لا يجوز منه

في صحته ، وانه لا يخرج مخرج الوصايا ، وهو الصحيح على اصوله

(مختصر الطحاوي ص ٣٦ - ٣٧) .

فصل

٥٢٣٥ - وحكى عن ابي يوسف انه كان يقول ابي حنيفة حتى روى له خبر عمر بن الخطاب رضى الله عنه لرجع عن ذلك (١) .

٥٢٣٦ - والخبر انه كان له ارض لدى تمع بخير وكان فيها نخيل نفيس

(١) ورد لابي يوسف في مختصر الطحاوي رأي واحد في الوقف ولم يرد فيه رجوع عن رأي .

وقد جاء في المختصر (ص ١٣٧) .

وقال ابو يوسف : اذا جعل حبساً كان ذلك باطلا الا يجعلها حبساً موقوفاً او حبساً صدقة ، فيكون ذلك جائزاً ، وتكون رقبتها لله عز وجل ومنافعها لمن اشترطها له ، وان اقتضوا رجعت الى الله عز وجل ، فتكون مصروفة في وجود القرب منه ، وسواء اخرجها من يده او لم يخرجها منها ، وسواء كانت في كامل او جزء شائع ، وسواء جعلها الواقف لها وقفاً على نفسه او على من سواه ، وقد اخذ الطحاوي بقول ابي يوسف .

ولم يشر السمتاني الى قول مهابن الحسن الشيباني وهو قريب من رأي ابي يوسف في الجملة ولا يختلف عنه الا في بعض التفصيلات ، وقد فصل قول الطحاوي في مختصره بقوله (ص ١٣٧) : وقال مهابن في ذلك بقول ابي يوسف إلا انه قال : لا يجوز صدقة ولا الوقف حتى يخرجها المنتصدق بها والواقف لها من يده الى يد سواها ، ولا يجوز الا في مقسوم .

فقال عمر يا رسول الله اني استغذت مالا وهو عندي نفيس
افأصدق به ؟

فقال عليه السلام

- احبس اصلها وتصدق بثمرتها لا لباع ولا توهب ولا تورث
ولكن تنفق ثمرته ، وشرط عمر رحمه الله تعالى فقال :

• هذا ما تصدق به عمر في سبيل الله وفي الرقاب والاضياف
والمساكين ولا بن السبيل ولذي القربى ، ولا جناح على من وليه
ان يأكل منه بالمعروف ويؤكل صديقاً غير متعول ،

فصل

فقه الخبر المروى عن عمر

١٢٣٧ - وفي هذا الخبر وجوه من الفقه منها انه يدل على ان الصدقة بما هو
انفس الفضل ،

ومنها انه قال احبس الاصل وتصدق بالثمرة فيحتمل حبس
الاصل عليك ويحتمل حبس الاصل على الجهة التي جعلت
ومنها جواز الصدقة بالثمرة بعد وجودها ، ومنها قوله لا يباع ولا يوهب
ولا يورث فيحتمل للنهي ، ويحتمل فعل ذلك على نية ان لا يبيع
ذلك لانه لا يجوز بيعه ،

ومنها ان الجهة التي صرف اليها عمر للصدقة لم يعينها النبي (ص)
لان ذلك يقف على اختيار عمر وابثاره .
ومنها ان الجهات التي صرف اليها عمر الصدقة هي جهات يتقرب
بها الى الله تعالى .

ومنها ان قوله : ولدي القريب يحتمل قرابة النبي (ص) ويحتمل
 ان يكون قرابة نفسه ، والاظهر انه اراد قرابته .
 ومنها انه يجوز ان يشترط لمن وليها ان يأكل منها .
 ومنها انه لا يجوز ان يأكل بغير اذن في ذلك .
 ومنها انه يجوز ان يأكل ولا يتمول حتى لا يملك ذلك عليه .

فصل

زوال الملك بحكم الحاكم

٥٢٣٨ - واذا حكم الحاكم بصحته زال الملك لان ذلك مختلف فيه ، وحكم
 الحاكم يقطع الخلاف ويزيل وجوه الاجتهاد ، واذا حكم نفسه لانه
 موضع اجتهاد .

فصل

إخراج الوقف مخرج الوصية

٥٢٣٩ - واذا اخرج ذلك مخرج الوصايا فانه يصح ايضاً لان موته يوجب
 ازالة املاكه عن جميع ماله ، وبالصيغة يمنع ان يدخل ذلك في
 ملك الورثة ، وهو يملك ذلك كالوصية بالثلث .

فصل

الوقف في حال المرض

٥٢٤٠ - وقد روى عن ابي حنيفة في ولله في حال مرضه روايتان :

احدهما انه يصح لانه ينزل بمنزلة الوصية ، والثانية ان المعنى الذي
لا يصح لاجله حال صحته هو انه يزول ملكه بمجرد قوله ووقفت ،
وهو موجود ههنا .

٥٢٤١ - ومن اصحابنا من قال هذا هو الصحيح من الرواية .

فصل

تصدقته في حياته وصحته

٥٢٤٢ - واذا تصدق في حياته وصحته كان ذلك في جميع ماله ، لانه يتبرع
في صحته كسائر التبرعات .

فصل

تصدقته في مرضه

٥٢٤٣ - واذا تصدق به في مرضه اعتبر من ثلثه لان تصرف المريض يعتبر
من الثلث .

فصل

إخراج الوقف مخرج الوصايا

٥٢٤٤ - وكذلك اذا اخرج مخرج الوصايا بأن يقول :

اذا مت فهو وقف فانه يخرج ايضاً من الثلث كسائر الوصايا .

فصل

إخراج الموقوف من يده

٥٢٤٥ - وقال اصحابنا : واذا جعل الرجل في صحته ارضاً مقسومة صدقة

على الفقراء والمساكين ، وأخرجها من يده الى يد قيم يقوم عليها وينفق عليها ، في شربها وإصلاح مجاريها ومزارعها ، ويدفع من غلتها ما يحتاج إليه لنوائبها ، ويقسم الباقي بعد ذلك كل سنة في الفقراء والمساكين فهذه صدقة جائزة ، وليس له أن يرجع فيها ، لأن الصدقة قد اعتاض عنها الثواب فهي كالطبة إذا اعتاض عنها ، وهذا لا خلاف فيه .

فصل

وقف نصف أرضه مشاعاً

- ٥٢٤٦ - فإن وقف نصفها مشاعاً لم يصح الوقف عند محمد .
- ٥٢٤٧ - وقال أبو يوسف يجوز وقف المشاع كما يجوز المقصوم .
- ٥٢٤٨ - لأنه إزالة ملكه لا إلى مالك فاشبه العتق .
- ٥٢٤٩ - وهو قول الشافعي .
- ٥٢٥٠ - ومحمد يقول يبرع في حال الحياة من غير الألف كالطبة .

فصل

إنخاذ مقبرة

- ٥٢٥١ - وإذا جعل أرضه مقبرة وأذن في الدفن فيها فتنى دفن فيها واحد لم يكن له الرجوع لأن الدفن كالقبض في الهبة .
- ٥٢٥٢ - والفرق بين هذا وقبض المتولي في الوقف أنه لا يزول ولا يمنع الرجوع لأن المتولي يقوم مقام الواقف ، فهو كالوكيل يدفع ذلك

اليه ، وههنا اليد للمسلمين ، وهي قائمة مقام يد الله في القبض .

فصل

إتخاذ الخان

٥٢٥٣ - واذا جعل داره خالاً لمارة المسلمين فاذا نزل أحد زاله ملكه ، ولا سبيل له بعد ذلك اليها كما قلنا في المقبرة .

٥٢٥٤ - وان مات لم يورث ذلك عنه .

٥٢٥٥ - وقد روى بعض اصحابنا في ذلك عن ابي يوسف روايتين احدهما هذه ، وهو قول محمد .

٥٢٥٥ - والثانية انه لا يجوز لان القياس ان لا يجوز الوقف ، والما ترك ذلك لخبر عمر رضى الله عنه ، وذلك وارد في الثمرة فما سواها باق على القياس ، وقياس الادلة على الثمرة لانه نوع منفعة .

فصل

دور مكة

٥٢٥٦ - ودور مكة اذا جعلها لمن يمر من الحاج فانه ليس له بعد ذلك الرجوع فيها لان عند ابي حنيفة لا يصح وقفها ، وهي غير مملوكة وعندهما تملك ويصح الوقف فلا يرجع فيه .

فصل

حفر البئر وتصدق بها

٥٢٥٧ - ولو حفر بئراً وجعلها صدقة فله ان يشرب منها ويقوضاً ويصلي

في المسجد ويدفن في المقبرة لآلته مالك ، ولكن لانه واحد من المسلمين .

فصل

استحقاق بعض الموقوف مشاعاً

٥٢٥٨ - ولو وقف أرضاً فاستحق بعضها مشاعاً بطل الوقف في الجميع ، ورجع الباقي اليه في حياته ، وإلى ورثته بعد وفاته .

٥٢٥٩ - فأما أبو حنيفة فيقول : لا يصح وقف الشارع ، وإن حكم به حاكم لانه مختلف فيه مع الاشاعة ، وقد كان له أن يرجع فيه مع الاشاعة وقد كان له أن يرجع فيه قبل ذلك .

٥٢٦٠ - وعلى قول أبي يوسف والشافعي لا يبطل ، لأن القدر الذي استحق لم يدخل في الوقف ، وما بقي فيجوز وقفه ابتداء .

٥٢٦١ - ومجد لا يجيزه ابتداء فلا يجوز في حالة البقاء .

فصل

استحقاق بعض المسجد

٥٢٦٢ - وأطلق الفريقان أنه لو استحق بعض المسجد أنه يبطل لانه لا يصح كونه مسجداً مع تعلق حق القبر به .

٥٢٦٣ - وإن استحق بعضه معينا فإنه لا يبطل لأن الباقي يجوز فيه الوقف ، وكذلك حالة البقاء .

فصل

أرض لرجلين تصدقا بها

٥٢٦٤ - والأرض اذا كانت لرجلين فتصدقا بها صدقة موقوفة فهو جائز اذا دفعا ذلك الى ولي يقوم بها ، لأن مثله في الصدقة المملوكة يجوز كذلك لو وقف .

٥٢٦٥ - ولو تصدقا بها على رجلين صدقة واحدة لاحدهما بعينه نصيب هذا المتصدق خاصة وللآخر نصيب الآخر فهو باطل لأن الاشاعة وجدت من الطرفين والاصل عند محمد في هذا الباب ان يعتبر الوقف بالصدقة فكل شركة تجوز في الصدقة فاتها تجوز في الوقف ، فالشركة اذا كانت في الطرفين جميعهما لم تجز .

٥٢٦٦ - ولو تصدق كل واحد بنصيبه عليهما وقبضاه فهو جائز لأن الشركة حصلت في احد الطرفين لأن كل واحد تصدق على اثنين .

٥٢٦٧ - ولو تصدقا بها على رجل واحد فوكل المتصدق عليه رجلين بقبضتهما لقبضاهما له جاز ، وان كان القابض اثنين لان القبض لواحد ، وهو كما لو قبض بنفسه .

فصل

٥٢٦٨ - ولو تصدقا بها صدقة موقوفة احدهما على ولده وولد ولده ابدأ ماتا سلموا فاذا انقضوا كانت غلتها للمساكين ، وجعل الآخر نصيبه على اخوته واهل بيته ، فاذا انقضوا كانت غلتها في الحج يحج بها عنه في كل سنة وسلمها الى رجل واحد فان ذلك جائز ،

لأن المقصود من الوقف هو الله تعالى فلا يعتبر فيه اختلاف الجهات
فصار ذلك كالجهة الواحدة .

فصل

شرط تقديم نفقة العمارة والخراج .. إلخ

٥٢٦٩ - وإذا اشترط في الوقف أن يبدأ الناظر بعمارة وتأدية الخراج والعشر
وأصلاح الأنهار والدوايب وبصرف الباقي إلى ولده فهو جائز
ولا خلاف في ذلك .

فصل

موت المم في حياة الواقف

٥٢٧٠ - وإذا مات المقيم عليه في حياة الواقف ، فالأمر إلى الواقف ، ببيع
فيه من أحب لأن هذا وقف من جهته ، وله أن يجعل إلى من شاء .

فصل

موت المقيم بعد الواقف

٥٢٧١ - وإن مات بعده ولم يوص إلى أحد فالأمر إلى القاضي ، لأنه لما مات
فلقد عجز عن تصرفه ، فيكون ذلك إلى القاضي ، كسائر تصرفات
الميت ، من تنفيذ وصاياه وقضاء ديونه .

فصل

من يعين المقيم من الأجانب

٥٢٧٢ - ولا يجعل المقيم من الأجانب ما وجد من ولد الواقف وأهل بيته من

يصلح لذلك لأن هؤلاء اشفق وارقب في حفظه .

٥٢٧٣ - وان لم يجد فيهم من يصلح له فجعله الى اجنبي جاز ، لأن ذلك حال
الضرورة لأنه لا بد من قيم يقوم به .

٥٢٧٤ - وان حصل فيهم من يصلح له صرف ذلك اليه ، لأنه لو كان موجوداً
في الابتداء كان احق بذلك ، فاذا صار في الباقي فهو احق .

فصل

حيلة شرعية للاحتياط من درك الوقف

٥٢٧٥ - ومن اراد الاحتياط لوقفه والأمن في المستقبل من درك ، ان يشترط
في كتاب الوقف انه متى ابطله قاض او غيره بوجه من وجوه
الابطال ، فهذه الارض بأصلها وجميع ماليها وصبة من مال فلان
الواقف تباع فيتصدق بثمنها على كذا وكذا ، لأنه اذا ابطل ذلك
احتاج الى ان يتصدق بثمنها فلا يكون فائدة في فسخ الوقف .

فصل

الوقف على تجهيز المجاهدين

٥٢٧٦ - ويجوز ان يوقف على تجهيز الرجال والسلاح والكرام والنفقات في
سبيل الله تعالى لان كل هذه الجهات قريبة .

فصل

حيلة أخرى في التوثيق للوقف

٥٢٧٧ - ووجه آخر في التوثيق من ابطاله ان يتصدق به ، ثم يخاصم فيه القيم

الى قاض برى اجازته ، ويطلب منه اجازته فيأخذ منه القيم كتاب
قضية باجازته ويشهد الشهود على القاضي بقضائه ، فينقطع الخلاف
وليس لحاكم آخر ان يفسخه ، ويكون الكتاب هو الحجة
على كل حاكم .

فصل

وقف الضيعة بماليتها

٥٢٧٨ - وان كان في الضيعة ممالك يعملون بايديهم فوقها ومن فيها ،
وسماهم في كتاب الوقف جاز ذلك على طريق البيع لما
يصح وقفه .

فصل

الاستبدال بممالك الوقف

٥٢٧٩ - وللمتولى ان يستبدل بهم اذا اراد لأن للغلام يهرم والبقر يهرم فلا
يمكن الانتفاع به فجاز ان يستبدل بغيره كبورى المسجد
اذا خلقت .

فصل

وقف على أمهات أولاده

٥٢٨٠ - والى وقفها على أمهات اولاده في حال وقفه ، وعلى من يحدث منهن
بعد ذلك ، وسمى لكل واحدة منهن سهما في حياته وبعد وفاته مالم
يتزوجن فهو جائز لأنهم قوم معينون فيجوز الوقف ، ويجوز على

من يهدث ، لأن الوقف يجوز تعليقه بالشروط كما وقف على اولاده
واولاد اولاده ماتناسلوا كذلك هذا .

فصل

جعل الرأي للقيم في توزيع الغلة

٥٢٨١ - وإذا جعل الرأي في توزيع الغلة الى القيم على الوقف جاز ، وله ان
يفضل ويسوى ، لأن اصل الحق يجوز ان يقف على شرطه ،
فكذلك القدر .

فصل

العمل بشرط الواقف

٥٢٨٢ - وجملته الحال : انك تعمل على ما شرط الواقف وتلفظ به في القدر
والموقوف عليه .

فصل

٥٢٨٣ - واختلف في جواز الوقف المنقطع فقال محمد : لا يجوز - حتى يكون
على صفة يعلم انها لا تنقطع ولا تبطل ، وهو ان يجعل آخره
للقراء والمساكين .

٥٢٨٤ - وقال ابو يوسف يجوز كما تجوز الصدقة (١) .

(١) بقول ابى يوسف اخذ الطحاوي في مختصره (ص ١٣٧)

فصل

جواز وقف العقار إجماعاً

٥٢٨٥ - ويجوز وقف العقار ، الدور والأراضي والخواص إجماعاً .

فصل

وقف الحيوان والمنقول

٥٢٨٦ - واختلف في وقف الحيوان والمنقول : فقال محمد لا يجوز .

٥٢٨٧ وقال أبو يوسف يجوز .

٥٢٨٨ - وهو قوله الشافعي لأنه لا يبايد فصار كالوقف المنقطع .

فصل

وقف الدراهم والدنانير

٥٢٨٩ - واختلف أصحاب الشافعي في وقف الدراهم والدنانير فمن أجاز

أجارتها أجاز وقفها ، ومن لم يجز أجارتها لم يجز وقفها .

وقف الكلب

٥٢٩٠ - واختلفوا في وقف الكلب فأجاز وقفه بعضهم ولم يجزه البعض

لأنه لا يملك .

وقف أم الولد

٥٢٩١ - واختلفوا في أم الولد فمنهم من أجاز وقفها لأنه ينتفع بها ومنهم من

قال لا يجوز لأنها لا تملك .

فصل

وقف عهد بغير عينه

٥٢٩٢ - واتفق الفريقان على انه لو وقف هبداً بغير عينه او فرساً غير معين ان الوقف لا يصح لانه ازالة ملك فصار كالمعق .

فصل

خروج الوقف الصحيح من ملك الواقف

٥٢٩٣ - والوقف اذا صح خرج من ملك الواقف ولم يدخل في ملك الموقوف عليه .

٥٢٩٤ - ومن اصحاب الشافعي من قال يدخل في ملك الموقوف عليه .

٥٢٩٥ - لانه لو جاز الانتقال لم يصح وقفه كسائر الاموال .

٥٢٩٦ - ولا خلاف انه يجوز ان يجعله سنة ازيد واخرى لعمرو واخرى لبكر ، ونقل الملك لا يقبل الشروط ، ولأن الملك لو انتقل لم يكن للواقف ثواب لانه لا ملك له فيه ولا صنع .

فصل

قسمة المشاع الموقوف

٥٢٩٧ - واذا وقف المشاع للشريك ان يطلب للقسمة على قول ابي يوسف واذا قسم صححت القسمة .

٥٢٩٨ - وهو قول الشافعي .

فصل

شرط الواقف لنفسه بيع الوقف

٥٢٩٩ - وإذا شرط الواقف لنفسه بيع الوقف وصرف ثمنه الى ما هو الفضل
جاز ذلك عند ابي يوسف ، لان عليا رضى الله عنه جعل في شرط
وقفه ان الحسن والحسين رضى الله عنهما اذا احتاجا الى بيعه ان
يبيعوا ذلك .

فصل

البداية بعمارة الوقف

٥٣٠٠ - وعمارة الوقف يجب البداية بها ، وان لم بشرط ذلك الواقف ، لأن
لأن الغلة هي المقصودة .

فصل

شرط الغلة لنفسه

٥٣٠١ - وان جعل للواقف غلة الوقف لنفسه ، او جعل الولاية اليه جاز هند
ابي يوسف ، وقال مجاهد لا يجوز .

٥٣٠٢ - وهو قول الشافعي .

٥٣٠٣ - لأن عمر وليه بفسقه وشرط لمن وليه ان يأكل وقاس ذلك على المسجد
والساقية انه ينتفع بذلك .

فصل

خراب المسجد بما حوله

٥٣٠٤ - والمسجد اذا ضرب بما حوله واستغنى عن الصلاة فيه ، فانه يعود

الى مالكه ان كان حياً ، والى ورثته ان كان ميتاً عند محمد .

٥٣٠٥ - وقيل انه قول ابي حنيفة .

٥٣٠٦ - وقال ابو يوسف لاهمود ابداً الى ملكه .

٥٣٠٧ - لأنه وجه القرية بطل فصار كالميت اذا اكله السبع رجع الكفن الى المالك كذا هذا .

فصل

على ولده وولد ولده وذريته

٥٣٠٨ - واذا وقف على ولده وولد ولده وذريته دخل ولدالبنت ، قال ابو

يوسف وهو قياس قول ابي حنيفة .

٥٣٠٩ - وقال محمد لا يدخلون ، وهو قول مالك .

٥٣١٠ - لأنهم ليسوا بولد له انما هم اولاد الاجانب .

فصل

لا وقف إلا على بر معروف

٥٣١١ - وقال اصحاب الشافعي لا يصح الوقف الا على بر معروف ، كالمساجد

والقناطر والفقراء والاقارب ، فان وقف على ما لا قرية فيه كالبيع

والكنائس وكتب التوراة والانجيل ، وعلى من يقطع للطريق او يرتد

عن الدين لم يصح الوقف ، لأن المقصود به القرية .

٥٣١٢ - وان وقف على زمن جاز لأنه موطن للقرية ، لأنه تجوز

الصدقة (عليه) .

٥٣١٣ - ولهم في الوقف على المرتد والحربي وجهان :
احدهما يجوز كالذي والثاني لايجوز لأنه مأمور بقتلها :

فصل

٥٣١٤ - وان وقف على دابة رجل ففيه وجهان احدهما لايجوز لأن مؤولتها
على مالها :
٥٣١٥ - والثاني يجوز لأنه كالوقف على مالها .

فصل

٥٣١٦ - ولا يصح الوقف على من لا يملك كالعبد والبهيمة لأنه تملك منجز
فلم يصح كالحبة والصدقة (١)

فصل

تعليق الوقف

٥٣١٧ - ولا يصح تعليقه على شرط مستقبل ولا على مجهول من الناس كالبيع .

فصل

الإضافة إلى مدة

٥٣١٨ - ولا يجوز الى مدة كالصدقة والعنق ، هذا كله قول
اصحاب الشافعي .

(١) في هامش نسخة (ق) تعليق لاحد قراء النسخة بتوليع لا يقرأ أو عبارة
هذا التعليق ، يصح عندنا الوقف على العبد ويملكه مولاه ، فهذا
داخل في قول اصحاب الشافعي .

٥٣١٩ - وقد اختلف اصحابنا في الوقف على البيع والكنائس فمنهم من اجازه
ومنهم من منعه .

فصل ألفاظ الوقف

٥٣٢٠ - والالفاظ المستعملة في الوقف : وفقت وحبت وسبلت وتصدقت
وأبلى وحرمت .

فصل اختلاف أرباب الوقف في السهام

٥٣٢١ - واذا اختلف ارباب الوقف في السهام ولاينة ، قسم على الجميع
لانهم تساوا في الدهرى ، وان كان الواقف حيا رجع الى قوله لاله
يستفاد من جهته .

٥٣٢٢ - وأن اقام احدهم بينة فهي أولى ، وتقدم في ذلك :
٥٣٢٣ - وفي كتاب الوقف مسائل كثيرة ، وذكر الجميع غير ممكن ، وفي
اللى ذكرت جملة مقنعة في معرفة الجملة ، ولما كان الوقف الباهو
على الشركاء وكان يجوز ان يختلفوا ويطلب كل واحد حقه على
سبيل المهاداة او يطلب الشريك في المشاع قسمته وجب ان تذكرهنا
كتاب القسمة .

كتاب القسمة

وهذا كتاب القسمة (١)

تولى الحاكم القسمة

٥٢٢٤ - اعلم بان القسمة من الامور العامة الوجسود ، وثبتت بين الصغير والكبير والحاضر والغائب ، وهي من الابواب التي يتولاها الحاكم ويفعلها بنفسه تارة وبأعوانه اخرى . ولها شعب وتفاصيل .

(١) جاء في لسان العرب في مادة قسم :

القسم مصدر قسم الشيء يقسمه قسماً فانقسم ، والموضع مقسم مثال مجلس .

وقسمه جزأه ، وهي للقسمة .

والقسم بالكسر النصيب والحظ والجمع اقسام ، وهو القسيم والجمع اقساماء واقاسيم الاخيرة جمع الجمع ، ويقال هذا قسمك وهذا قسيمي والاقاسيم الحظوظ المقسومة بين العباد والواحدة اقسومة مثل اظفور واظافير .

وقيل الاقاسيم جمع الاقسام ، والاقسام جمع القسم .

الجوهري : القسم بالكسر : الحظ والنصيب من الخير . . وقوله عز وجل : فالمقسمات أمراء ، هي الملائكة تقسم ما وكلت به .

فصل تكيف القسمة

- ٥٣٢٥ - واختلف فيها هل هي اقرار حق أو بيع ، فمنهم من قال هي بيع حصته فيما سلم بها أخذ .
- ٥٣٢٦ - ولو كانت بهما لوجب فيها الثلثة ولو كانت افراز حق لما جاز لاحدهما ان يأخذ زيادة عن حقه وقدره .
- ٥٣٢٧ - ومن الناس من قال هي في المكمل والموزون افراز حق ، وفي العقار بيع .
- ٥٣٢٨ - ومنهم من قال لها شبه بالبيع ، وليست ببيع في الحقيقة ولا افراز حق ، ولكن لها حكما بين حكمين وشبها بالاصلين .

فصل القاسم

- ٥٣٢٩ - وقد كان لكل امام قاسم وكذلك لكل حاكم .

فصل الآثار المروية في القسمة

- ٥٣٣٠ - وقد روى محمد في الاصل عن ابي يوسف عن يحيى بن سعيد (١) .

(١) هو يحيى بن سعيد بن قيس بن ثعلبة الانصاري البخاري ابو سعيد المسدي القاضي ، روى عن السوابن المسيب والقاسم وهراث بن مالك وخلق وعنه الزهري والاوزاعي ومالك والشافعيان والحمادان والجريران وامم ، روى له الستة ، مات سنة ١٤٣ هـ .

عن بشير بن يسار عن رسول الله (ص) انه قسم خيبر على ستة وثلاثين سهما جمع ثمانية عشر سهما للمسلمين وسهم رسول الله (ص) معهم وثلاثة عشر سهما منها ارزاق الزواج النبي (ص) ولوائبه (وما ينزل به) (١).

٥٢٣١ - وكان عبد الله بن يحيى الكندي يقسم لعلى الدور والارضين وبأخذ على ذلك.

٥٢٣٢ - وذكر عن علي رضي الله عنه انه عزل شريحا عن القضاء ثم اعادته ورزقه خمسمائة في الشهر (٢).

٥٢٣٣ - وذكر عن محمد بن اسحق الكلبي قال :

قسم رسول الله (ص) خيبر على ثمانية عشر سهما جمع (٣) وكانت الرجال الفا واربعمائة ، وكانت الخيل مائتي فارس فكان على كل مائة رجل (فارس) وكان علي بن ابي طالب على مائة وكان حميد السهم على مائة وكان حاصم بن عدي على مائة وكان الزرقان على مائة وكان طلحة على مائة ، وكان عبد الرحمن بن عوف على مائة ، فكان سهم رسول الله (ص) مع سهم حاصم بن عدي ، وكانت الغنائم في الشق ونظافة وكان الشق ثلاثة عشر سهما ، وكانت نظافة خمسة اسهم ، وكانت الكتيبة فيها خمس الله تعالى وطعام ازواج رسول الله (ص) وعطايه وكان اذا اسهم خرج من الشق سهم حاصم ولهم سهم رسول الله (ص) ثم سهم علي بن ابي طالب ثم سهم عبد الرحمن بن عوف ثم سهم طلحة ثم سهم ساعدة ثم

(١) الزيادة من الطبقات الكبرى لأبن سعد (٩٥/٦) (٢) ايضا .

(٣) في الطبقات الكبرى لأبن سعد (١/٢ ص ٨٢) : جميع كل سهم مائة سهم .

سهم التجار ثم سهم حارثة ثم سهم اسلم ثم سهم سلمة ثم سهم
اجره ثم سهم اويس وكان اول سهم يخرج بنطاة سهم الزبير ثم
سهم بهامة ثم سهم اسيد ثم سهم الحرث ثم سهم ناعم وفيه قيل
محمود بن مسلمة .

٥٢٣٤ - وذكر عن النبي (ص) ان رجلا اعتق ستة اعبد عند الموت ولا مال
له فخيرهم فاقترح رسول الله (ص) بينهم فاعتق اثنين منهم
ورد اربعة (١) .

٥٢٣٥ - وذكر عن عمر انه قال : ما احب ان يأخذ قاضي المسلمين على
القضاء اجراً ولا الذي على المغالمة ولا على المقامم ، وذكر في الاصل
آثاراً سوى ما ذكرنا .

٥٢٣٦ - وقد روي صديق بن موسى عن النبي (ص) انه قال لا تضيد الا ليا
احتمل القسم (٢) .

(١) الظر سبل السلام ١٤٣/٢ .

(٢) جاء في قاج العروسى : العضد بفتح فسكون من الطريق الناحية
كالعضادة بالكسر واعضاد البيت نواحيه (واعضاد الخوض والطريق
وغيره ما يشد) بالبناء للمعلوم والمجهول وبالسكن المهملة والمجمة
(حواله من البناء) للواحد عضد : وعضد البناء كالصالح المنصوبة
حول شفير الخوض . وفي لسان العرب عضد البناء وغيره وعضده
واعضاده ما شد من حواله كالصفايح المنصوبة حول شفير الخوض ،
وعضد الخوض من ازالته الى مؤخره ، وازاؤه مصب الماء فيه ،
وقيل عضده جانباه . واعضاد المزارع حدودها ، وهي الحدود التي
تكون فيما بين الجار والجار كالجدران في الارضين .

فصل

- ٥٣٣٧ - قال اصحابنا : ولا يقسم الا ما احتمل القسمة ؛
٥٣٣٨ - وعن الشعبي انه قال : اقسام ولو كانت آجرة ، ذكره في الاصل .

فصل

جعل القاسم ورزقه

- ٥٣٣٩ - وينبغي للقاضي ان يجعل للناس قاسماً ويرزقه من بيت المال لتخف
المؤونة على المسلمين .

فصل

- ٥٣٤٠ - فلو اخذ الآجرة من الناس جاز ذلك لأنه عمل .
٥٣٤١ - وأحب البنا ان لا يأخذ القاضي رزقاً على القضاء ، وان اخذ ذلك فهو
جائر وليس باجرة ، وقد مضى في اول الكتاب ما في هذا الفصل .

فصل

الإجبار على القسمة

- ٥٣٤٢ - واذا كانت للدار بين قوم فاراد قسمتها وابى الآخرون فالهم
يجبرون على القسمة فان شاؤا اقتسموا السلعة بالذرع واقتسموا
اليهوت والابنية بالقيمة ، وان شاؤا اقتسموا الجميع بالقيمة ،
كل ذلك جائز .

فصل

- ٥٣٤٣ - واذا اقتسموا فليفضل من ذلك ما كان فاصلاً بقدره ولينصب للدار
صورة تلحق بالقسمة عليها .

فصل

٥٣٤٤ - وان كان بعضهم لا ينتفع بما يأخذ لقلة واهى القسمة فان للدار
تقسم ولا يترك هذا ينتفع بحق صاحب النصيب الكثير
عند اصحابنا (١)
٥٣٤٥ - وقال ابن ابي ليلى لا يقسم .

فصل

٥٣٤٦ - ولو كان كل واحد لا ينتفع بما يأخذ لم يقسم حتى يتلفا لانه قال عليه
السلام لا تعزب الا لهما بحمل القسمة .
٥٣٤٧ - وان تلاصقوا بالدرهم جاز لالها تعدل السهام ، وتوى الحقوق .

فصل

الإقرار بكونها ميراثاً

٥٣٤٨ - ولو أقروا الها في أيديهم ميراث قال ابو حنيفة لا أقسم حتى يقيموا
البينة على وفاة والدهم ، وملكه لها ، وعدد الورثة ؟
٥٣٤٩ - وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي وغيرهم يقسم ذلك على القوارهم .

فصل

عزل حق الغائب

٥٣٥٠ - ولو كان فيهم غائب وطلب القسمة اثنان فصاعداً وحق الغائب في
يد الحضور قسمت كأنها في أيديهم جميعاً وعزل حق الغائب .

(١) كذلك ايضاً في مختصر الطحاوي (ص ٤٩١) :

فصل

حق الغائب وديعة

٥٣٥١ - ولو كان حق الغائب في يد انسان وديعة لم يقسم .

فصل

انفقوا على أنها في أيديهم بشراء

٥٣٥٢ - واتفق الفريقان على انها لو كانت في ايديهم بشراء قسمت على الجميع لأن الشراء حق الحي وليس يجب حياطته ، والميت بخلاف ذلك .

فصل

أقروا بالشراء وفيهم غائب

٥٣٥٣ - واتفق الفريقان أنهم لو كان فيهم غائب وقد أقروا بالشراء انها لانهم الجواز ان يكذبهم فيما قالوا .

فصل

طلب القسمة والباقون غيب

٥٣٥٤ - ولو حضر واحد يطلب القسمة والباقون غيب لم يقسم ، لأنه لا خصم عنه حاضر .

٥٣٥٥ - وقال ابن ابي ليلى والشافعي يقسم ويودع سهم الغائب حتى يحضر .

فصل

إقرارهم بما سوى العقار أنه ميراث

٥٣٥٦ - وكان أبو حنيفة يقسم ماسوى العقار اذا اقرروا انه ميراث مستحسن ذلك لانه يخاف فسادہ .

٥٣٥٧ - وسوا ابو يوسف ومحمد والشافعي ابن الجميع ،

فصل

ما فيه ضرر شامل لا يقسم

٥٣٥٨ - ولا يقسم حمام ولا حائط ولا جوهرة ولا ثوب واحد ولا ومادة ولا بساط ولا ما شبه ذلك اذا طلب بعض الملاك ذلك ، لأن فيه ضرراً شاملاً فلا يقسم حتى يتفقوا .

٥٣٥٩ - وقال مالك بن الن يقسم لاله يطلب حقه ،

فصل

على الميت دين وفي التركة وفاء

٥٣٦٠ - وقالوا لو كان على الميت دين فاقسموا وفي التركة وفاء بالدين وفضل فالقسمة جائزة اذا قضوا الدين ، وللغريم ان يبطلها اذا حضر الا ان يقضوه حقه ، ارايت لو خلف الميت الف درهم وعليه درهم اما كان قبيحاً ان لا يقسم ذلك ؟

فصل قسمة الرقيق والمكيل إلخ

- ٥٣٦١ - وكان أبو حنيفة لا يجزئ قسمة الرقيق بعضه في بعض إلا أن يكون معه شيء آخر لأنه يتفاوت .
- ٥٣٦٢ - وأما المكيل والموزون والمواقي فإنه يقسمها .
- ٥٣٦٣ - وقال أبو يوسف ومحمد الرقيق وغيره سواء ويقسم كل ذلك .
- ٥٣٦٤ - وهو قول الشافعي .

فصل قسمة العلو والسفل

- ٥٣٦٥ - وكان أبو حنيفة يقوم السفل والعلو كل ذراع بلراعين من العلو إذا كانت الابنية تتقارب ، وليس فيها تفاوت .
- ٥٣٦٦ - وقال أبو يوسف أقسم كل ذراع من العلو بلراع من السفل ، فإذا جعلت للذي يقع له السفل والعلو ذراعاً جعلت للذي يقع له العلو بلا سفل كل ذراع بلراعين .
- ٥٣٦٧ - وقال محمد أقسم الكل على القيمة ولا أفعل ذلك .
- ٥٣٦٨ - وقال بعض أصحابنا وهو القياس وبه تأخذ .

فصل

لهم عدة دور

- ٥٣٦٩ - وإذا كان لهم عدة دور ، قسمت كل دار على حدة ، ولا يجمع

نصيب احدهم في دار واحدة عند ابي حنيفة وزفره
ويقال ابو يوسف ينظر الى ما هو اعدل في القسمة فيفعله .

فصل

تقسيم أجرة القاسم

٥٣٧٠ - واجرة القاسم على عدد الرؤوس عند ابي حنيفة لانه ربما كان
(النصيب الصغير) اصعب استخراجاً من النصيب الكبير .
٥٣٧١ - وقال ابو يوسف ومجد يكون على عدد النصيب ومساحة الارض .

فصل

القرعة

٥٣٧٢ - والقرعة بعد تعديل الانصبة عندنا تقطع التشاح والخصومة ويجعل
كل سهم في بندقة (١) فنخرج سهمه احد مما يليه حتى
يكمل حقه .

فصل

٥٣٧٣ - وان احب القاسم ان يخير بعضهم فعل ، وكل ذلك جائز ، وان قسم
بينهم رجل اجنبي ثم اقرع فهو جائز لانه امين لهما في ذلك .

(١) جاء في لسان العرب : البندق واحدته بندقة ، والواحدة
البندقة والجمع البنادق وقبل البندق حمل شجر كالجوز . . والبندق
الذي يرمى .

فصل

٥٣٧٤ - وقد قال ابو حنيفة : القرعة في القياس لاستظيم ، ولكن اخذنا في ذلك بالسنة والاثار .

فصل

التفاضل

٥٣٧٥ - وان وقع في القسمة تفاضل في الزرع لأجل القيمة فهو جائز ، ولا يبطل القسمة .

فصل

٥٣٧٦ - واذا كتب في كتاب القسمة : فكل حق هو لهذا السهم ، فانه يدخل في ذلك الطريق والشرب والبناء والنخل والشجر ، كما يدخل في البيع .

فصل

٥٣٧٧ - ولا يدخل الثمر والزرع في ذلك اذا كان ظاهراً ، لانه ليس بحق لها .

فصل

٥٣٧٨ - وان قال في الكتاب : وكل قليل وكثير فهو فيها او منها ، دخل جميع ذلك في البيع والقسمة .

٥٣٧٩ - ولو لم يكتب ذلك لم يدخل في القسمة ولا في البيع .

فصل

بيع النصيب من غير الشريك

٥٣٨٠ - ولكل واحد من الشركاء ان يبيع حقه ونصيبه من غير الشريك ، في سائر الاشياء ، ولايجوز لشريكه منعه من ذلك لانه اقام الغير مقامه منه .

فصل

خيار الرؤية في القسمة

٥٣٨١ - وينبت خيار الرؤية في القسمة اذا قسم بغير محضر منه ، ولن لم ير ذلك الخيار اذا راه ، فان شاء اجاز ذلك ، وان شاء رده كما في البيع ،
٥٣٨٢ - وعبد الشافعي قسمة ما لم يره باطلة كما يقول في البيع في قياس قوله .
٥٣٨٣ - وسائر الاموال في ذلك سواء ، من للمقار والمكيل والمولود والراقي والثياب .
٥٣٨٤ - وكل ما يجوز بيعه مع عدم الرؤية فهو في القسمة مثل ذلك .

فصل

قسمة بستان وكرم

٥٣٨٥ - وقال اصحابنا لو اقتسم رجلان بستانا وكرما فاصاب احدهما البستان واصاب الاخر الكرم ، ولم ير واحد منهما الذي اصابه ، ولا رأي جوفه ولا نخلة ولا شجره ولكن رأى حائطه من ظاهره فالقسمة جائزة .

٥٣٨٦ - ورؤية الظاهر تكفي في لزوم القسمة ، وكذلك قالوا في البيع ليس لاحدهما ان يرد .

٥٣٨٧ - وكذلك اذا رأى كل واحد اطراف الشجر من وراء الحائط فالقسمة جائزة .

فصل شرط الخيار لثلاث

٥٣٨٨ - ويجوز بشرط الخيار لثلاث في القسمة كما يجوز في البيع ، ولا يفسد ذلك القسمة .

فصل

٥٣٨٩ - ولأن له الخيار ان يفسخ في الثلاث ، وليس ذلك لمن لا خيار له ، كما يفعل في البيع .

فصل

٥٣٩٠ - وان مضت الثلاث قبل الفسخ فليس له ان يفسخ .

فصل

بطلان الخيار بتصرف من له الخيار

٥٣٩١ - ولو تصرف من له الخيار في ذلك ببناء او تجصيص او هدم او ما يبطل خياره في البيع بطل خياره .

فصل

ادعاء من له الخيار الرد

٥٣٩٢ - ولو قال من له الخيار بعد مضيتها قسمة كنت رددت القسمة قبل

مضي الثلاث فانه لا يصدق في ذلك ، ولا خيار له اذا انكر الآخر ،
وان اقام (١) بينة على ذلك ابطلت القسمة .

فصل

٥٣٩٣ - وان لم يدع ذلك هو وادعى ذلك صاحبه فانه لا يصلق وعليه البينة
انه رد القسمة ، وان اقام بينة بالرد واقام الآخر بينة انه اجازها
فاصحابنا يأخذون بشهود الرد ويبطلون القسمة .

فصل

البينة بالرد

٥٣٩٤ - وايهما اقام البينة بالرد فهو مثل صاحبه لانه الامر للطاريه
على العقد .

فصل

خيار أربعة أيام

٥٣٩٥ - وان شرط خيار اربعة ايام فالقسمة باطلة ، وان اسقط اليوم الرابع
قبل مجيئه صحت القسمة .

٥٣٩٦ - وهذا قول ابي حنيفة .

٥٣٩٧ - وقال ابو يوسف ومحمد الشرط جائز ، وان كان اكثر من اربعة وهو
قول مالك كما قالوا في البيع .

(١) في النسختين : اقاما ،

فصل

من باب قسمة الأب والجد

على الصبي والمعتوه

٥٣٩٨ - قال اصحابنا ، وقسمة الأب على الصغير والمعتوه جائزة ، وسائر الاموال في ذلك سواء .

٥٣٩٩ - فان فعل مالا يتغابن فيه الناس فانقسمه باطلة :

٥٤٠٠ - وان كان ما يتغابن فيه الناس فالقسمة جائزة ، وكذلك قالوا في جواز بيعه .

٥٤٠١ - وحكم الجدة اذا لم يكن اب مثل ذلك وكذلك وصى الاب عندنا ، ولا تجوز قسمة الجدة ان كان للاب وصي .

والمعتوه والمطلوب على عقله في ذلك كالصبي ،

فصل

وصي المرأة ووصي الأب

٥٤٠٢ - قالوا : ولو وصي المرأة ان يقاسم اولدها للصغير ميراثه منها في غير العقار اذا لم يكن له اب ولا وصي اب ، وكذلك وصي القيم ، ووصي ابن القيم يقاسم للصغير اذا لم يكن له اب ولا وصي اب في جميع ميراثهم من الميت الذي اوصى اليه ما خلا العقار .

٥٤٠٣ - وليس لوصي الام ولا لوصي العم والاخ ان يقاسم ميراثا لهم غير ذلك .

٥٤٠٤ - فاما وصي الاب فيقاسم ميراثهم من الاب وغيره .

فصل قسمة الأب الكافر

٥٤٠٥ - ولا تجوز قسمة الأب الكافر على الصغير المسلم ، وكذلك المكاتب
والعبد المأذون على الحر الصغير من ولده ، لا عمة لا ولاية لهم
على الصغير .

باب القسمة ترد العيب

فصل

٥٤٠٦ - وإذا وجد أحدهم بما صار إليه عيباً من حائط منهدم أو جملع
منكسر فإنه يرد ذلك ، كالمعيب في البيع سواء .

٥٤٠٧ - وكذلك (ان) وجد سهمه من الطعام عفناً فإنه يرد ذلك ويرجع
على أصل حقه كما كان .

٥٤٠٨ - وإن كان ذلك عبداً أو ثيباً أو حيواناً فاصاب بأحد ما أخذه عيباً
رد المعيب خاصة ، وعاد شريكاً بقلنس المردود فيما أخذه .

فصل استحقاق ما في يد أحد الشركاء

٥٤٠٩ - وإذا بنى أحد الشركاء في نصيب ما أو غرس غرساً ثم استحق
بعض ما في يديه وكلفه الحماكم نقضه لم يرجع على شريكه بشي من
القيمة إذا كان ذلك في أرض واحدة ودار واحدة ، سواء قسما

باختيار او باجبار ، وهذا قولهم جميعاً ، بخلاف البيع .
٥٤١٠ - وان كانت اراضي مختلفة او دور مختلفة ، فأخذ كل واحد منهم
فبني وغرس ثم استحق ذلك بطلت القسمة ، واذا امره الحاكم
بالجلد والقلع فانه يرجع بحصة ما يصيب شريكه عليه من البناء ،
وكذلك ان اخذ أمة من الاماء فأولدها ثم استحققت وضمن قيمة
الولد فانه يرجع على شريكه بنصف ما غرم من القيمة .

باب

دعوى الغلط في القسمة

٥٤١١ - واذا اقتسم الرجلان داراً أو أرضاً وقبض كل واحد منهما حقه من
ذلك ثم ادعى احدهما للغلط فيما اخذ فان القسمة لا تعاد الا ان يقيم
البينة بالغلط .

٥٤١٢ - وله ان يستحلف الشريك ، فان حلف بريء وان نكل عن اليمين
عاد الامر كما كان ، ولا تعاد القسمة بدعوى الغلط بحال بعد ان أقر
الشريك باخذ حقه .

٥٤١٣ - وان اقتسما دارين واخذ كل واحد واحدة ، ثم ادعى احدهما للغلط
واقام بينة انه له كذا وكذا ذراعاً فاضلاً في يد الآخر ، فانه يقضي
له بذلك الذراع ولا تعاد القسمة ، وليس هذا كالدار الواحدة عند
ابن يوسف ومحمد .

٥٤١٤ - وفي قياس قول ابن حنيفة القسمة فاسدة ، والدار بينهما نصفان ،
لان احدهما رجع لجهل الموضع ، فهو كمن اشترى اذرعاً من دار ولم

بين موضع الاذرع ، فالبيع باطل عند ابي حنيفة .
٥٤١٥ - واذا اختلف فقال احدهما اصابني الف وقبضت تسعة ، وقال
الآخر بل قبضت ألفاً فانها يتحالفان ويترادان القسم لانه لم يقر
بقبض المائة ، وقد اقر بها الذي هي في يديه .

٥٤١٦ - ولو قال له احدهما : اصابني هذا البيت وهو في يد شريكه :

وقال الآخر لم يصبك ذلك وانما ذلك لي وحلي :

قيل له :

اكان في يد شريكك قبل القسمة فلم يدفعه اليك او اخذه من يدك
بعد القسمة ؟

فان قال اخذه بعد القسمة باجازة او عارية فالقسمة جائزة ويحلف
شريكه على دهره

وان قال كان قبيل القسمة فلم يسلمه تحالفا وترادا لانه لم يقر
بقبض حقه .

٥٤١٧ - واذا كانت الغنم مائة واقتسماها وقال احدهما : اصابك خمسون ولي
خمسون وانما دفعت لي اربعين وقد بقي لي عشرة في يدك من حقي ولم
تدفعها الي .

وقال الآخر : بل اصابني ستون بالقسمة واصابك اربعون فانها
يتحالفان ويترادان القسمة .

٥٤١٨ - ولو كانا اشهدا بالقسمة والاستيفاء كان القول قول الذي في
يده الستون .

فصل

استحقاق بعض ما صار إلى أحد الشريكين

٥٤١٩ - وإذا استحق رجل بعض ما صار إلى أحد الشريكين بالقسمة فإنه على

وجهين أحدهما أن يستحق ذلك مشاعاً والثاني أن يكون معيناً .

٥٤٢٠ - فإن كان مشاعاً وقد استحق نصف ما في يده فهو بالخيار أن شاء

أبطل القسمة وأن شاء أجازها وشارك شريكه في نصيبه الذي أخذه

بقدر ما استحق من سهمه .

٥٤٢١ - وقال أبو يوسف ومحمد القسمة باطلة ولا خيار . وإن كان ذلك معيناً

فالخيار إليه في الإبطال في قولهم جميعاً .

فصل

توقف القسمة على حضور الغائب

٥٤٢٢ - وإذا اقتسم الشركاء وفيهم غائب عزلوا سهمه .

فالقسمة موقوفة على حضوره ورضاه ، فإن أجاز ذلك جاز وإن

لسخ بطلت ، وإن مات قبل الإجازة والفسخ وله وارث فأجاز ذلك

جاز عند أبي يوسف .

٥٤٢٣ - ولم يجز عند محمد ، لأنه خيار الإجازة لا يورث .

ظهور شريك ثالث

٥٤٢٤ - وإن ظهر شريك ثالث فالقسمة باطلة عندهم جميعاً .

فصل

استحقاق عشرة أفقرة من أصل أربعين اقتسماها

٥٤٢٥ - والمنطة اذا كانت بين اثنين وهي اربعون قفيزاً فاقسماها واخذ احدهما من ذلك عشرة افقرة وثوباً واخذ الآخر ثلاثين قفيزاً ثم استحق من الثلاثين عشرة افقرة فانه يرجع على صاحبه بنصف الثوب في الاستحسان ، وكان القياس ان يرجع عليه بثلث الثوب وسدس العشرة افقرة .

٥٤٢٦ - وكذا روى ابن زياد وقاله في الزيادات .

فصل

اقتسما داراً وأرضاً

٥٤٢٧ - واذا اقتسما داراً قيمتها ألف وأرضاً مثل ذلك ، هل ان يرد صاحب الارض على صاحب الدار عبداً قيمته ألف ثم استحق من حلو للدار ما قيمته عشر السفل فافه يرجع على صاحب الارض بسنة عشر درهماً ولثي درهم ، عند ابي حنيفة يرجع في الدراهم ولا يرجع في الارض ؟

٥٤٢٨ - وقال ابو يوسف يرجع بعشر الارض ؟

٥٤٢٩ - وكتاب القسمة كبير ، وفيه مسائل جمعة ، وذكر للكل فلا يمكن ، ولما كانت القسمة في معنى البيع من وجه وكانت افرازا عند آخرين من العلماء وكان البيع يتعلق به وجوب الشفقة في العقار وكانت القسمة بهما لا يجب فيه شفقة وجب ان نذكر كتاب الشفقة على ذلك .

كتاب الشفعة

وهذا كتاب الشفعة^(١)

حكمة الشفعة

٥٤٣٠ - اطم ان الشفعة وضعت لدفع للضرر عن الشريك والجار ، ولهذا وجبت في العقار خاصة .

القياس عدم وجوبها

٥٤٣١ - وللقياس انه لا تجب شفعة لأنه اخذ مال الغير بغير رضاه .

وجوبها استحساناً

٥٤٣٢ - والاستحسان انها تجب لدفع الضرر .

الآثار المروية

٥٤٣٣ - والاصل في هذا الباب ما رواه ابن المسيب عن النبي (ص) انه قال :

(١) الشفعة في اللغة الزيادة ، وهو ان يشفعك فيما يطلب حتى يضمه الى

ما عندك فتزيده ، وتشفعه بها ، أي ان تزيده بها ، أي انه كان =

« البها الشفعة فيما لم يقسم ، فاذا وقعت الحدود وهدمت الطرق

= وترأ واحداً فضم اليه مازاده وشفعه به ، وقال القتيبي في تفسير الشفعة
كان الرجل في الجاهلية اذا أراد بيع منزل اتاه رجل فشفع اليه فيما
باع ، وجعله اولى بالبيع ممن بعد سبقه ، فسميت شفعة وسمي طالبها
شفيعاً ، وفي الحديث : الشفعة في كل ما يقسم ، الشفعة في الملك معروفة
وهي مشتقة من الزيادة ، لان الشفيع يضم المبيع الى ملكه فيشفعه به
كأنه كان واحداً وترأ فصار زوجاً شفعاً . وفي حديث الشعبي الشفعة
على رؤوس الرجال ، هو تكون الدار بين جماعة مختلفي السهام
فيبيع واحد منهم نصيبه ، فيكون ما باع لشركائه بينهم على رؤسهم
لا على سهامهم ، والشفيع صاحب الشفعة وصاحب الشفاعة
(لسان العرب) .

وفي سبل السلام للامير الصنعائي (٧٣/٣) « الشفعة بضم الشين
المعجمة وسكون الفاء : هي استئاقها ثلاثة أقوال : قيل من الشفع
وهو الزوج وقيل من الزيادة وقيل الاعانة ، وهي شرعاً التنازل حصّة
الى حصّة بسبب شرعي كأن انتقلت الى اجنبي بمثل العوض المسمى
وقال أكثر الفقهاء انها واردة على خلاف القياس ، لانها تؤخذ كرهاً
ولان الاذية لا تدفع عن واحد بضرر آخر ، وقيل خالفت هذا
القياس ووافقت قياسات آخر بدفع ضرر الغير بضرر الآخر ، ثم
يؤخذ حقه كرهاً كبيع الحاكم عن المتمرذ والمفلس ونحوها . اهـ .
اقول وهذا محل نظر وقياس مع الفارق لأن البيع في المثاليين مرده
رابطة الدين بين الطرفين وتقدير المدين في الوفاة ولا رابطة بين الشفيع =

فلاشفة (١) .

٥٤٣٤ - وروى رافع عن النبي (ص) انه قال الجار أحق بسقه (٢) والسقب القرب . في اللغة (٣) والشريك لا يسمى جاراً في صحة الكلام ، وخبر جابر انه عليه السلام قال : «الجار احق بشفعة جاره ينتظر بها وان كان غائباً اذا كان طريقتهما واحداً» (٤)

وبين مشري الدار . والصحيح ان الشفعة على خلاف القياس ومبناها عرف قديم فاذا زالت الضرورة وتضرر الناس بذلك العرف جاز للمشرع إيقاف العمل بالشفعة بتخصص القضاء بعدم النظر .

- (١) - سبل السلام ٧٥/٣ وفيه ان القسمة تبطل الشفعة .
(٢) - ومعنى الحديث ان الجار أحق بالشفعة اذا كان جاراً ملاصقاً (كتاب الآثار لأبي يوسف هامش ٥ من (ص ١٦٧) .

(٣) - جاء في صدد هذا الحديث في بلوغ المرام من جمع ادلة الاحكام ورواه احمد والاربعة ورجال ثقة ، وجاء في سبل السلام (٧٦-٧٥/٣) احسن المصنف بوثيق رجاله وعدم اعلاله ، والا فانهم قد تكلموا في هذه الرواية باله قد انفرد بزيادة قوله ، اذا كان طريقتهما واحداً ، عبد الملك بن ابى سليمان العزمي . قلت : وعبد الملك ثقة مأمون لا يضر انفراده ، كما عرف في الاصول وعلم الحديث ، والحديث من ادلة شفعه الجار ، الا انه قبله بقوله « اذا كان طريقتهما واحداً ، وقد ذهب الى اشتراط هذا بعض العلماء ..

فصل

الشفعة في العقار وحده

٥٤٣٥ - والشفعة واجبة في جميع ما يبيع من العقار دون غيره ، للدور

(٤) - جاء في كتاب الآثار لأبي يوسف و قال حدثنا يوسف عن ابيه
عن ابي حنيفة عن عبدالكريم عن المسور بن محزمة (٩) (ان) ابا
رافع (٧) ساومه سعد ببيت ، فقال سعد : خذ هذا البيت باربعائة
اما اني قد اعطيت به ثمانية ولكن اعطيتك الحديث سمعته من رسول
الله (ص) انه قال : الجار احق بسقبة ، (الحديث ٧٦٧ من كتاب
الآثار) والسقبة القرب ، ومعنى الحديث ان الجار احق بالشفعة
اذا كان مجاوراً ملاصقاً .

وفي سبل السلام (٧٥/٣) ورده عن ابي رافع (ر) قال : قال رسول
الله (ص) : الجار احق بسقبة ، بالصاد المهملة مفتوحة وفتح
القاف ، القرب ، اخرجہ البخاري ... والحديث .. يعم الشفعة ،
فذهب الى ثبوتها (الجار) الهادوية والحنفية وآخرون لهذه
الاحاديث ولغيرها كحديث الشهيد بن سويد قال : قلت يا رسول
الله ارض ليس لاحد فيها شرك ولا قسم الا الجوار ، قال : الجوار
احق بسقبة وحديث جابر (اي حديث الجار احق بشفعة جاره الخ)
وذهب علي وعمر وعثمان والشافعي واحمد واسحق وغيرهم الى انه
لا شفعة بالجوار .

والمنازل والحوانيت والحانات والمزارع والبساتين والأقرحية
والأراضي والعمارات والأرحية ، إذا وقع البيع على حراص ذلك ،
كله ، وسواء كانت في مصر أو قرية أو غير ذلك من أرض الإسلام
إذا كان ذلك مملوكا يجوز بيع ماله ، وكان البيع بائنا ليس فيه
خيار شرط ، للسنة التي روينها ، ولأجهاج العلماء على ذلك .

٥٤٣٦ - وقال مالك تجب في السفن .

٥٤٣٧ - ولو وجبت في السفن لوجبت في كل متقول ، ولا خلاف أنها
لا تجب في ذلك .

فصل

لاشفعة إذا كان الخيار للبائع

٥٤٣٨ - وإذا كان الخيار للبائع لم تجب الشفعة لأنه لم يرغب عن ملكه ولا
خرج عنه عندنا .

٥٤٣٩ - وقد كان يلزم للشافعي أن يوجب الشفعة على قوله الذي يقول أنه
بملك المشتري ذلك .

فصل

وجوب الشفعة في الخيار للمشتري

٥٤٤٠ - وإن كان الخيار للمشتري وجبت الشفعة لأن خياره لا يمنع من
خروج الملك عن البائع ، وإن لم يدخل في ملك المشتري في أحدي
الروايتين .

فصل

خيار الرؤية والعيب لا يمنع الشفعة

- ٥٤٤١ - وان كان خيار رؤية او عيب لم يمنع وجوب الشفعة ، لأن ذلك لا يمنع من اتمام الملك فيه ، وهذا ينبنى على جواز بيع ما لم يره .
- ٥٤٤٢ - خلاف الشافعي .

فصل

الشفعة في مدة الخيار

- ٥٤٤٣ - ولا فرق بين ان يأخذ ذلك في مدة الخيار أو بعدها .

فصل

لا شفعة في البيع الفاسد

- ٥٤٤٤ - والبيع الفاسد لا تجب الشفعة فيه مادام حق للتقضى قائما فيه ، سواء قبض ذلك أو لم يقبض ، لأن حق القبض للبائع سابق لحق الشفيع ، فهو كشرط الخيار .

فصل

خروج المبيع إلى غيره

- ٥٤٤٥ - واذا خرج المبيع عن ملكه الى غيره فالشفيع بالخيار ان شاء اخذه

بالثمن الثاني ، وان شاء رد البيع وأخذه بقيمته من الاول ،

فصل

٥٤٤٦ - وان بنى المشتري في المبيع بيعاً فاسداً سقط حق البائع ووجبت للشفعة فيه عند ابن حنيفة .

٥٤٤٧ - وقال ابو يوسف ومحمد لا شفعة .

٥٤٤٨ - وهو قول الشافعي .

٥٤٤٩ - والمسألة تبني على ان البيع الفاسد اذا اتصل به القبض ملك ، واذا سقط حق الفسخ فيه لزم وصح كالصحيح .

فصل

٥٤٥٠ - واتفق للعلماء على ان الشفعة لا تجب في الميراث .

٥٤٥١ - وقال اصحابنا اذا ملكت الارض بغير بدل يجب بالعقد كالهبة والوصية فلا شفعة في ذلك .

٥٤٥٢ - وقال مالك تجب الشفعة في الهبة بالقيمة ولو وجبت في الهبة وجبت في الميراث والوصية .

فصل

٥٤٥٣ - وان استأجر داراً بدار أو عبداً بدار أو تزوج امرأة على دار أو صالح من دم عمد يجب به القصاص على داره أو خلع بها امرأة أو اعتق بها عبداً فلا شفعة في ذلك عند اصحابنا .

٥٤٥٤ - وقال الشافعي يجب في ذلك الشفعة .

٥٤٥٥ - وهو قول ابن ابي ليلى .

٥٤٥٦ - لأن هذه المعاني لا قيمة لها في حق غير العاقد وليس لها مثل يؤخذ به ، ولا يجوز ان يؤخذ بالقيمة لأنه كان يجب ان يوجب ذلك في الهبة .

فصل

لا شفعة في الهبة بشرط العوض

٥٤٥٧ - والهبة بشرط العوض لا تجب فيها شفعة حتى يقع التقابض ، فاذا وقع أخذ بمثل العوض ان كان له مثل من الوزن والكيل والمسدد وان كان لا مثل له اخذه بقيمته يوم وقع القبض ، وفي البيع يوم وقع البيع .

٥٤٥٨ - وقال زفر تجب الشفعة بنفس عقد الهبة اذا كان ذلك على عوض لأنه عقد بيع ، وقد قدمنا ذلك في كتاب الهبة .

فصل

عوض عن الهبة من غير شرط

٥٤٥٩ - ولا عوض عن الهبة من غير شرط فلا شفعة عندنا ، لأن للعقد لم يجب به بدل له قيمة فلا تجب به الشفعة عند اصحابنا جميعاً .

فصل

٥٤٦٠ - وتجب الشفعة في العلو للذي لا مفل معه ، وفي السفلى للذي لا علو

معه وفيهما جميعاً لأن حق الاستئجار قائم في ذلك لما لكه ، والبناء
بخلاف ذلك لأنه يجب تسليمه منقوضاً .
٥٤٦١ - وقد كان القياس عندهم ان لا يصح بيع ذلك لأنه لا يمكن بيعه الا
بان يكون بيعاً لما يصح ان يزال عن موضعه ، واستحسنوا جواز
ذلك في الجملة .

فصل

لا شفعة فيما لا يجوز بيعه

٥٤٦٢ - وكل عقار لا يجوز بيعه ولا يملك بالبيع فلا شفعة فيه ولا تجب
الشفعة به كالأقوف والرباطات والمساجد والمقابر والسقايات
والآبار التي للشرب على قول من اجاز ذلك .
٥٤٦٣ - ومن لم يجز هذه الامور فهو وسائر الاملاك سواء .

فصل

لا شفعة في دور مكة

٥٤٦٤ - ودور مكة لا تجب فيها شفعة على قول ابي حنيفة في رواية الأصل .
٥٤٦٥ - وفي رواية الحسن تجب .
٥٤٦٦ - وهو قولهما .

فصل

الشفعة في أرض السواد

٥٤٦٧ - والسواد وأرض الحراج مملوكان يجوز بيعهما وتجب الشفعة فيهما

خلافاً لمن قال لا يجوز ذلك من الشافعي وغيره ممن قال هي موقوفة ٥

فصل

جواز الشفعة بجواز البيع

٥٤٦٨ - وجوب الشفعة يتبع جواز بيع الارض في المشاع والمقسم ، فإجاز بيع جملة جاز بيع بعضه .

فصل

من تجب لهم الشفعة

٥٤٦٩ - وللشفعة واجبة للمسلم والذمي والحر والمكاتب والمأذون له في التجارة والمعتق بعضه ، وتجب عليهم الشفعة لأن الشفعة تجب برغبة البائع عن ملكه ، ويملكه عليه المستحق وإن كان كل واحد من هؤلاء لا يصح أن يملك ذلك على البائع بالبيع فكذلك بالشفعة .

٥٤٧٠ - وقد روى عن عثمان بن عفان رضى الله عنه انه لا شفعة للذمي على مسلم وهو قول شريح والحنابلة .

٥٤٧١ - والجميع بخلافه .

فصل

باع ما تجب الشفعة فيه مع جعل الخيار له

٥٤٧٢ - ومن باع ما تجب للشفعة فيه أو أجاز بيع البائع له إذا جعل الخيار إليه

للاشفعة له ، وإن اشترى ما يجب له فيه الشفعة أو اجاز البيع فلا
الشفعة .

٥٤٧٣ - ومنهم من قال يجب لها الشفعة ومنهم من قال لا يجب في الجميع
لأن البائع (١) فهو كالبائع نفسه فلا يجب له شفعة ، ولأنه لو
وجبت له الشفعة لاسقط باخله ما وجب عليه للمشتري من الحقوق
وليس له ذلك ، لأنه اذا باع فقد رضى بسقوط الشفعة ، والمشتري
بخلاف ذلك كله وهو الصحيح .

فصل

استحقاق الشفعة

٥٤٧٤ - وتستحق الشفعة بالشركة في المبيع ثم بالشركة في حقوقه ، ثم
بالجوار الاقرب فالأقرب (٢) .

٥٤٧٥ - وحكى أبو الحسن في مختصره عن أبي يوسف أن بعض اصحابنا
قال : لا شفعة الا للشريك الذي لم يقاسم .

٥٤٧٦ - ولا فرق عندنا بين ما يحتمل القسمة وما لا يحتمل .

(١) كذا في النسختين .

(٢) في مختصر الطحاوي : أولى الشفعاء بالمبيع الشريك الذي لم يقاسم ،
ثم يتلوه الشريك الذي قاسم وبقيت له شركة في الطريق ، ثم يتلوه
الجوار الملاصق . (مختصر الطحاوي ، ص ١٢٠) .

٥٤٧٧ - وقال الشافعي لا شفعة إلا في مناع يحتل القسمة ، فاما ما لا يقسم من العقار فلا شفعة فيه في أحد قولي .

٥٤٧٨ - واتفق قوله على ان الجوار لا تستحق به شفعة .

فصل

الجار المحاذي

٥٤٧٩ - واتفق الفريقان على ان الجار المحاذي لا شفعة له .

فصل

الخليط

٥٤٨٠ - وانما قدم الخليط لقربه والشريك في الحقوق اقرب من الجار .

٥٤٨١ - وكل من أوجب الشفعة لمن عدى الشريك يقول بما ذكرناه .

فصل

إذا أسلم الشفيع القريب الشفعة

٥٤٨٢ - وإذا سلم الشريك في نفس المبيع الشفعة اخذها الشريك في الحقوق

وإذا سلم الشريك في الحقوق اخذها الجار الملاصق ثم كذلك ابدأ الى آخر الزقاق .

٥٤٨٣ - وقال الحسن بن صالح : إذا سلم القريب الشفعة فلا شفعة للبعيد لانه

قد سلم ما يستحقه الى المشتري فلا يبقى لغيره حق .

٥٤٨٤ - واصحابنا جعلوا ذلك كالميراث اذا سقط حق القريب بالقتل اخذ

البيد ، ولأن الضرر حاصل على البعده

٥٤٨٥ - وانما قدم الشريك لان الضرر اخص به .

فصل

على عدد الرؤوس

٥٤٨٦ - والشفعة تجب على عدد الرؤوس لا على قدر الانصباء .

٥٤٨٧ - وقال الشافعي تقسم على مقدار الانصباء في احد قوله .

٥٤٨٨ - لان السبب المستحق انما هو الشركة والجوار ، دون قدر الملك ،
لانه لو انفرد اخذ الكل ولم يأخذ بقدر ملكه . وبهذا فارق الديون .

٥٤٨٩ - ولو ترك الجميع حقوقهم إلا واحداً اخذ جميع ما تركوا بخلاف
الدين فانه لا يأخذ الا بقدر حقه فلذلك قسم على الرؤوس .

فصل

الطلب والأخذ

٥٤٩٠ - والشفعة تجب بعقد البيع وتستحق بالطلب (١) وتملك بالاخذ .

لانه اذا لم يكن بيع فلا شفعة ، وقد مضى ذلك .

٥٤٩١ - واذا ترك الطلب بطلت الشفعة ، ولا يحصل الملك الا بأخذ المبيع

اما برضا المشتري بذلك او قضاء القاضي ، لانه لو ملك لكان تجب

له الشفعة بذلك كما بعد الاخذ .

(١) في مختصر الطحاوي (ص ١٣١) بالاشهاد والطلب .

فصل

- ٥٤٩٢ - وليس للشفيع ان يأخذ ذلك بغير رضا ولا قضاء .
٥٤٩٣ - وقال الشافعي له ان يأخذ ذلك بنفسه .
٥٤٩٤ - لان هذا مما يختلف فيه العلماء ويسوغ فيه الاجتهاد ، ويملك على الغير فلا بد من طريق يأخذ به ذلك ، ولا يجوز ان يأخذ من غير شفعة .

فصل

كيفية الطلب

- ٥٤٩٥ - والطلب ان يشهد عند أول ماعسة يعلم بالبيع ، ثم يقصد البائع او المشتري او المبيع فيشهد هناك لان الطلب لابد منه ، والاشهاد حتى لا يسقط حقه ، والبائع لانه هو الذي باع ، والمشتري لانه اشترى ، فلا بد من اعلام من تطاب منه الشفعة .

فصل

فورية الطلب

- ٥٤٩٦ - والطلب على الفور في رواية الاصل .
٥٤٩٧ - وفي رواية هشام كالمخبرة (؟)
٥٤٩٨ - وللشافعي اربعة اقوال :
احدها الها على الفور ، والثاني على المجلس ، والثالث على الابد

لا تسقط بتأخير الطلب ، كما لا يسقط حق المصنوع منه بتأخير طلبه .
 وقول (رابع) آخر الطلب الى ثلاثة ايام لانها اجل قوم ثمود .
 ٥٤٩٩ - وللمشتري ان يطالبه بالاختذ او اسقاط الشفعة .

فصل

- ٥٥٠٠ - واذا اشهد الدليع على الطلب فهو على شفيعته ابدأ حتى يسقط بالقرول
 عند ابي حنيفة .
 ٥٥٠١ - وقال ابو يوسف اذا مضى مجلس من مجالس القاضي ، وهو يقدر
 على طلبه فلم يطلب فقد بطلت شفيعته (١) .
 ٥٥٠٢ - وقال محمد يسقط اذا مضى شهر .
 ٥٥٠٣ - وفي قول الشافعي على ما حكيناه .
 ٥٥٠٤ - لانه قد اطلعه بالطلب وزال غرور الشفيع له فصار كسائر الحفرق
 الواجبة التي لا تسقط بالترك .

فصل

من تؤخذ الدار؟

- ٥٥٠٥ - وعندنا للشفيع ان يأخذ الدار من يد البائع اذا كانت بيده ، وبأذن
 من المشتري ان كان قد قبض الدار .
 واذا اخذ من البائع انفسخ البيع بينه وبين المشتري ، لان الشفعة

(١) في مختصر الطحاوي (ص ١٢١) ان رأي ابي يوسف كراي ابي حنيفة

تجب برهبة البائع عن ملكه بعقد البيع ، وهذا المعنى حاصل قبل تسليم للدار .

٥٥٠٦ - وقال الشافعي لا يأخذ حتى يقبض المشتري :

فصل

العهد

٥٥٠٧ - والعهد عندنا على من اخذ من يده الدار ابهما كان ، وعنده لا تكون الا على المشتري .

فصل

غية البائع أو المشتري

٥٥٠٨ - وان كان البائع غائباً او المشتري والمبيع في يد البائع فانه لاشفعة حتى يحضر لان حق الحبس للبائع فاعتبر حضوره ، وحق الملك للمشتري فاعتبر احضوره ، وبالفقيه يتعلو الوصول الى ذلك .

فصل

إذا لم يتمكن من الإشهاد

٥٥٠٩ - وان لم يمكنه الاشهاد ، وحال بينه وبين ذلك حائل ان يكون بحضرة المبيع او أحد المتعاقدين فهو على شفعة حتى يقدروا على ذلك لان هذا علر ، فهو كما لو لم يعلم فهو على شفعة .

فصل

رجوع المشتري بالثمن

٥٥٠٠ - وإذا اخذ الشفعة من البائع وقد كان المشتري دفع الثمن الى البائع ولم يقبض ، فان المشتري يرجع عليه بما ورثه ان كان باقياً وبقيته ان كان مالكا ان كان من ذوات القيم والامثلة من ذوات الامثال لان الشفيع يدفع الثمن الى من المعهدة عليه دون من لم يدفع اليه ذلك .

باب

ما يبطل الشفعة عند وجوبها

- ٥٥١١ - وإذا صاوم الشفيع المشتري على ما اشتراه او سأل ان يوليه اياها او أستأجرها للشفيع من المشتري او كانت مزرعة فعامله فيها مزارعة او مساقاة او صحاحه من شفيعته على مال فان كل هذا تسليم للشفعة اذا كان يعلم بذلك كله ويعلم البيع ، ويبطل الصالح ويرد العوض من المأخوذ ولا شفعة له . ولا خلاف نعلمه في ذلك .
- ٥٥١٢ - وان باع الشفيع داره ، وهو يعلم بالبيع او لا يعلم بطلت شفيعته لأن ما يستحق به الشفعة قد زال عن ملكه .
- ٥٥١٣ - وان ردها المشتري على البائع بغيب او خيار رؤية وعادت الى البائع فقد بطلت للشفعة لانه قد صار غير جار (٢) .
- ٥٥١٤ - ولو عادت الى الشفيع (عادت) على حكم ملكه الأول (٢) .

فصل

شفيع باع داره

- ٥٥١٥ - وان كان الشفيع باع داره بيعاً فاسداً وقبضت فلا شفعة له ،
٥٥١٦ - وان كان باع وفرض الخيار لنفسه فهو على شفيعته ، وان طلب في
مدة الخيار بالشفعة فله ذلك ، ولا يبطل الشفعة بينه وبين المشتري لأن
ملكه لم يزل عنه بالبيع .

فصل

- ٥٥١٧ - وان باع من داره حصة معلومة ، وبقي له منها سهم فهو على شفيعته
بما بقي له فيها .

فصل

بائع من داره منزلاً

- ٥٥١٨ - وان باع منزلاً منها مما لا يلي الدار المداوعة فهو على شفيعته منها .
٥٥١٩ - وان كان المبيع مما يلي الدار المشفوعة وهو يستغرق جميع الحد فلا
شفعة له . وان كان قد بقي من الحد شيء مما يلي الدار المبيعة فهو
على شفيعته لأنه قد بقي له ما يأخذ به الشفعة .

فصل

- ٥٥٢٠ - وللشريك اذا كان جاراً ووجب له الشفعة لباع نصيبه المشترك
وبقي له الجوار فهو على شفيعته ، لأن الجوار نجب به الشفعة اذا
الفرد ، فلم يخرج من ان يكون مستحقاً للشفعة .

فصل

طلب الشفع نصف المبيع

٥٥٢١ - والشفع اذا طلب نصف المبيع وسكت عن النصف ، لم تبطل شفعه
هند ابى يوسف ، لأن طلب النصف طلب للجميع لأنه ليس له ان
يبعض ذلك على المشتري فهو بمثابة ما لا يتبعض من الحقوق كالمهر
والمهر وغيره .

٥٥٢٢ - وقال محمد قد بطلت الشفعة لأن سكوته عن طلب النصف يوجب
ابطال الشفعة فيه ، والشفعة اذا بطل بعضها بطل الجميع .

٥٥٢٣ - وقال محمد لو كان طلب الكل وقال : انا اطلب الشفعة واسلم لك
النصف وآخذ انا النصف فليس هذا تسليما وهو على شفعيه ولا يبطل

فصل

إبطال الحق في الشفعة إسقاط

٥٥٢٤ - واذا ابطال حقه من الشفعة بعد الشراء سقط ، سواء علم بالشراء أو
لم يعلم ، علم ان له شفعة أو لم يعلم لأنه إسقاط حق لا يقف على قبول
من عليه الحق فهو كالإطلاق والعناق والإبراء .

٥٥٢٥ - وفرق اصحابنا بين البكر تسكت وهي لا تعلم بالنكاح لا يبطل
خيرها ان سكوته جعل بمنزلة الاذن في تتميم النكاح وليس
باسقاط حق لها ، فاعتبر علمها بالنكاح .

٥٥٢٦ - وقد روى عن ابى الحسن الكرخي رحمه الله انها لو قالت : رخصيت
بالنكاح ، وهي لا تعلم ، يسقط خيرها ، وموى بين المسألتين في
النطق والسكوت .

فصل

تصديق المشتري الشفيق على دعواه

- ٥٥٢٧ - ولا يصدق بعد ذلك الا لا يعلم ، ولو صدقه المشتري اهتياً حل ذلك فهو تسليم للشفعة لأن حقه اذا سقط لم ينفعه تصديق المشتري الا لا يعلم كما لا ينفع الزوجة والعبد المعنى تصديق المطلق والمعنى .
- ٥٥٢٨ - واذا اخبر بان الشراء وقع بدراهم فسلم الشفعة ثم اخبر بان الشراء بدراهم فسلم الخ ثم (اخبر) الا دنائير ، فان كانت اكثر قيمة من الدراهم فهو تسليم ، وان كانت اقل من الثمن (١) فهو على شفعة .
- ٥٥٢٩ - وان اخبر بالمكيل والموزون فوجد بخلاف الجنس فهو على شفعته ، لانه يأخذ بالمثل ولا تعتبر القيمة .
- ٥٥٣٠ - وقد روى عن زفر ان لا يكون تسليماً في سائر الاحوال والاجناس في الزائد والنقص والاثان والعروض في ذلك سواء لاله سلم حقه على وجه مخصوص فكان بخلافه كما لو كان اقل .
- ٥٥٣١ - وخبر الجنس من ذوات الامثال .
- ٥٥٣٢ - وانفقوا في ذوات القيم ان القيمة اذا كانت اكثر مما سلم به الشفعة انه تسليم وان كانت اقل فليس بتسليم .
- ٥٥٣٣ - ولو اخبر انه اشترى نصف الدار فسلم ثم علم انه اشترى الكل فهو حل شفعته ؛

(١) في نسخة (ق) بعد ذلك ، الاقل قيمة ، .

٥٥٣٤ - ولو أخبر أنه اشترى الدار كلها فسلم ، ثم علم أنه اشترى النصف فلا شفعة له لأن تسليم الكل تسليم لما دونه فيكون ذلك تسليماً للمشتري .

٥٥٣٥ - وحكى الكرخي رحمه الله عن النضر بن حذار (؟) أنه قال قلت لهذا الجواب فقال إذا اشترى الكل فقبل له اشترى النصف فسلم ثم علم أنه اشتراها كلها بطلت شفعته وإن اشترى نصفها فقبل له اشتراها كلها فسلم ثم علم أنه اشترى نصفها فهو على شفعته لأنه قد سلم لكثرة الثمن في الكل والعجز عن أدائه ، وعدم قدرته ، وفي النصف لا يعجز عن ذلك فلم يكن تسليماً لها ، لأنه إذا عجز عن البعض فالكل أولى ، فلهذا كان تسليماً لها كلها .

فصل

سلم ثم علم أن مشتريها هو زيد وعمر

٥٥٣٦ - ولو أخبر أن زيدا اشتراها فسلم ثم علم أنه وعمرو اشتريها فله أن يأخذ نصيب عمرو وقد سلم لزيد نصيبه لأنه قد يرهب في زيد ولا يرهب في عمرو ، فليس في تسليم ذلك لزيد تسليم منه لعمرو .

فصل

حضور المال

٥٥٣٧ - والخاص لا يقضي بالشفعة حتى يكون المال حاضراً .

٥٥٣٨ - فإن قضى له وطالب الشفع الملهة أمهل يوماً ويومين .

٥٥٣٩ - ويحبس الشفيع على الثمن كما يحبس المشتري لأله بمنزله في العين .
٥٥٤٠ - وان لم يحضر الثمن الى الأجل المذكور ابطال القاضي شفيعته لأنه
ضرر على المشتري وغرور (١)

فصل

أعلمه المشتري بالشراء

٥٥٤١ - ولو لقيه المشتري وأعلمه بالشراء وقال له : هات الثمن فلم يأت به
الى ثلاث هطلت شفيعته ، لأن هذا هو القدر الذي يؤجل في مثله .

فصل

للدان جماعة شفعاء

٥٥٤٢ - واذا كان للدان جماعة شفعاء فلهم الغلعة على عددهم ، ولن حضر
منهم ان يأخذ جميعها ولا يقسم على من لا يطلب ولا على غالب ،
فان حضر وطلب قضى له بحقه .

(١) يمكن تعميم حكم هذه القاعدة وصياغته صياغة شاملة بقولنا :
كلما ترتب على تقصير أحد المتعاقدين في الوفاء بالتزام مترتب على
علاقة تعاقدية او غير تعاقدية ضرر بالطرف الآخر وغرور كان للطرف
المضار أو المغرور ان يطلب من القاضي فسخ العقد أو قطع العلاقة .

فصل

هل للشفيح نقض ما بنى المشتري

٥٥٤٣ - وللشفيح ان ينقض ما بنى المشتري ويقطع الشجر ويهبط بيعه ووقفه .

٥٥٤٤ - وقال ابو يوسف : يأخذ بقيمة البناء مقلوعاً (١)

٥٥٤٥ - وهو قول الشافعي .

٥٥٤٦ - وقال الشافعي له ان يبطل جميع عقودهم وتصرفه بالقول .

٥٥٤٧ - وعن ابن رباح وابن ابي ليلى انه اذا اوقفها او جعلها مقبرة ودفن فيها فليس له عليها سبيل لأنه ازال ملكه على نحو لا يلحقه الفسخ في ذلك .

٥٥٤٨ - ومن اشترى دارين صفقة واحدة (ولهما شفيح واحد) (٢) فليس للشفيح ان يأخذ احدهما دون الاخرى لأنه يبعض الصفقة على المشتري .

فصل

٥٥٤٩ - وان اشترى دارين لأحدهما شفيح وليس له في الاخرى شفيح فله ان يأخذ التي له فيها الشفعة دون الاخرى .

(١) في مختصر الطحاوي ص ١٢٤ : (بقيمة البناء قائماً) وفيه ايضاً : ان

أخذ الشفيح بقيمة البناء قائماً هو قول آخر لأبي يوسف :

(٢) ما بين قوسين من مختصر الطحاوي (ص ١٢٣) :

٥٥٥ - وقد ذكر الطحاوي في مختصره في ذلك خلاف رواية انه يأخذ
الجميع او يدع (١)

فصل

البناء والغرس والثمرة

- ٥٥٥١ - وللشفيع ان يأخذ البناء والغرس والثمرة المتصلة على النخل بالهفعة .
٥٥٥٢ - وقال الشافعي لا شفعة له في الثمرة القائمة لأنها عين اخرى .
وهي عندنا كالشجر القائم في الارض .

فصل

هدم البناء والغرس وذهابه بآفة

- ٥٥٥٣ - واذا هدم المشتري البناء وقلع الغرس اخذ الشفيع الباقي بحصته من
الثلث .
٥٥٥٤ - وان ذهب بآفة فهو بالخيار ، ان شاء اخذ بكل الثلث وان شاء ترك .
٥٥٥٥ - وللشافعي قولان :

(١) ما نسبته الى مختصر الطحاوي ليس على نحو ماورد في المطبوع من
هذا المختصر فقد ورد فيه (ص ٢٢٢) «من اشترى داراً من رجلين وقبضها
او لم يقبضها ، صفقة واحدة ، فاراد الشفيع أن يأخذ ما باع احدهما دون
ما باع الآخر ، فليس له ذلك ، وانما له ان يأخذها كلها او يدعها
كلها ، ولعل ما اشار اليه السمناني مما اطلع عليه في نسخة خطية لم
نصلنا وتعليل ما اسنده الى تلك النسخة وحدة الصفقة .

احدهما يأخذ بكل الثمن في الموضعين والثاني يأخذ بالحمصة في
الموضعين .

فصل

٥٥٥٦ - وان وجد الغنيم الثمرة مقطوعة والبناء مقاوفا فليس له اخذه
بالشعة ، انما يأخذ مادام متصلا .

باب

اختلاف المشتري والشفيع في الثمن

٥٥٥٧ - وإذا اختلفا في الثمن وقد سلمه الى البائع فالقول قول المشتري في قدره وجهته ، ولا يصدق عليه الشفيع ولا البائع فيما يقول لأن الشفيع كالمشتري مع البائع ، وقد بينا ذلك في كتاب البيوع .

فصل

٥٥٥٨ - وإن أقام بينة جميعاً فالبينة بينة الشفيع عند أبي حنيفة ومحمد لأنه المدعي (١) .

فصل

٥٥٥٩ - وقال أبو يوسف للبينة بينة المشتري لأنها تثبت زيادة الثمن (٢) .
٥٥٦٠ - وإذا اختلف المشتري والبائع فأقام البينة البائم باليمين والمشتري بألف قضى بينة البائع لأنه يثبت الزيادة .

(١) و (٢) مختصر الطحاوي . ص ١٢٢

٥٥٦١ - وكذلك القول قوله في الثمن اذا لم يكن بينة .

فصل

العبرة بما أخذه البائع

- ٥٥٦٢ - والشفيع يأخذ الشفعة بما أخذه البائع ، دون ما أقر به المشتري ،
لأن بينة البائع قد اكذبته فيما قال وذكر .
٥٥٦٣ - وقال الشافعي يأخذ الشفع بـ ما أقر به المشتري .

فصل

الخط من الثمن الأول والزيادة فيه

- ٥٥٦٤ - وقال اصحابنا : لو خط بعض الثمن أخذ الشفع بما بقي ، وان
زاد على الثمن أخذ بالثمن الاول .
٥٥٦٥ - وقال الشافعي يأخذ بالثمن الاول في الفصاين لأنه وقع به
عقد البيع .
٥٥٦٦ - وفرق اصحابنا بين خط بعض الثمن وبين خط الكل في انه يأخذ
بأصل الثمن لأنه لم يبق ههنا ما يجوز ان يؤخذ به .

فصل

اختلافهما في قيمة البناء

- ٥٥٦٧ - وان اختلفا في قيمة البناء وما ذهب منها فالقول قول المشتري عندنا

- ٥٥٦٨ - وإن أقاما بينة فالبينة بينة المشتري على حد قول محمد عن أبي حنيفة .
 وأنه قياس قوله لأنه ليس يلزم البينة على إقرار المشتري .
- ٥٥٦٩ - وعند أبي يوسف إن البينة بينة الشفيع على قول أبي حنيفة وأصله
 الذي تقدم .

فصل

بطلان الشفعة بموت الشفيع

- ٥٥٧٠ - وإذا مات الشفيع بطلت الشفعة لأنه أكبر من السكوت .
- ٥٥٧١ - وقال الشافعي لا يبطل وهو كخيار الميب .

فصل

أخذ الأب الشفعة لولده الصغير

- ٥٥٧٢ - وألق الجميع على أن للأب أن يأخذ الشفعة لولده الصغير .
- ٥٥٧٣ - واختلفوا هل له إسقاطها ؟
- فقال أبو حنيفة وأبو يوسف له ذلك .
- ٥٥٧٤ - وقال محمد وزفر ليس له ذلك .
- ٥٥٧٥ - ولو اشترى الأب داراً وابنه شفيعها بطلت الشفعة .
- ٥٥٧٦ - وبطل بسكوته عن الطلب .

فصل

في الثمن المؤجل

٥٥٧٧ - وللغني في الثمن المؤجل ان يأخذ بمن حال ، او يصبر حتى يحل الأجل ويأخذ .

٥٥٧٨ - وقال الشافعي : يأخذه بمثل قيمة سلعة .

فصل

هل يقدم أحد الشركاء ؟

٥٥٧٩ - ولا يقدم في الشفعة أحد الشركاء على غيره ، وقال الشافعي يقدم الأخ على العم اذا كان ذلك ميراثاً .

٥٥٨٠ - لأن الكل شفعاء .

فصل

المشتري شفع

٥٥٨١ - والمشتري اذا كان شفعاً فهو مثل سائر الشفعاء في ذلك ، وكونه مشترياً لا يمنع ان يأخذ بقسطه من المبيع .

٥٥٨٢ - وقال الشافعي لا شفعة له في أحد قسولي لانه لا يستحق على نفسه شفعة .

٥٥٨٣ - وتقضي ما في كتاب الشفعة فلا يمكن اطوله وكثرة فروعه وفي الذي ذكرت جملة من اصوله وإذ قد ذكرنا حكم بيع الاعيان وما يترتب عليها من الكتب ونحننا ذلك بالشفعة ، وكان ملك النكاح مثل ملك البيع في الاباحة والحظر ، وله احكام تترتب عليه وجب ان تذكره بعد ذلك .

كتاب النكاح

وهذا كتاب النكاح^(١)

فصل

الحاجة إلى النكاح

٥٥٨٤ - اعلم ان النكاح أمر دعت الحاجة اليه وبه قوام العالم ، وبقاء النسل
وقد فعله الانبياء والصالحون والعلماء والعوام والاحرار والعبيد :

فصل

التدب إليه

٥٥٨٥ - وهو مندوب اليه في الشرع عندنا .

(١) جاء في لسان العرب في مادة (نكح) :

نكح فلان امرأة ينكحها لكاحاً اذا تزوجها ونكحها ينكحها
باضمها ايها . وكذلك دحها وخجأها :

الازهري : وقوله عز وجل :

والزاني لا ينكح الا زانية او مشركة ، والزانية لا ينكحها الا

فصل

الوجوب

٥٥٨٦ - وقال احمد هو واجب (١)

٥٥٨٧ - ولو وجب على الانسان النكاح لكان لوجوبه وجه يعقل في الشرع والعقل ، ولكان من امتنع من ذلك ان يحكم عليه بالدم والقبح .

= زان او مشرك ، تأويله لا يتزوج الزاني الا زانية ، وكذلك الزانية لا يتزوجها الا زان .

وقد قال قوم : معنى النكاح ههنا اللوط ، فالمعنى عندهم : الزاني لا يبطأ الا زانية والزانية لا يبطؤها الا زان .

قال - وهذا القول بعيد ، لانه لا يعرف شي من ذكر النكاح في كتاب الله الا على معنى للتزويج ، قال الله تعالى : « وألكنحوا الايامى منكم ، فهذا تزويج لاشك فيه ، وقال تعالى : « يا ايها الذين آمنوا اذا كنتم المؤمنات ،

فأعلم ان عقد التزويج يسمى النكاح . واكثر التفسير ان هذه الآية نزلت في قوم من المسلمين فقراء بالمدينة ، وكان بها بغايا يزنيهن وبأخذن الاجرة ، فأرادوا التزويج بهن وعولهن ، فأنزل الله عز وجل تحريم ذلك .

قال الازهري : أصل النكاح في كلام العرب اللوط ، وقيل للتزويج نكاح لانه سبب للوط المباح .

الجمهوري ، للنكاح اللوط ، وقد يكون العقد ، نقول : نكحتها =

فصل

الثناء على يحيى

٥٥٨٨ - وقد اتى الله تعالى على يحيى بن زكريا عليهما السلام بأنه كان سيديا وحضورا ، والحضور من لم يعرف للنكاح ،

= ونكحت هي اي تزوجت . وهي ناكح في بني فلان ، أي ذات زوج منهم .

قال ابن سيده : النكاح البضع وذلك في نوع الانسان خاصة ، واستعمله ثعلب في الذباب .

نكحها ينكحها نكحا ونكاحاً .

ورجل نكحة ونكح كثير النكاح : وفي حديث معاوية :

لست بنكح طلقه أي كثير التزويج والطلاق :

وانكحه المرأة زوجه اياها وانكحها زوجها والاسم النكح والنكح . وكان الرجل في الجاهلية يأتي الحبي غاطباً فيقوم في ادبيهم فيقول خطب ، اي جئت غاطباً ، فيقال له نكح ، اي قد انكحناك اياها . ويقال نكح الا ان لكها هنا ليوازن خطباً .

ونكحها الذي ينكحها وهي نكحته كلاهما من الحياتي .

واستنكح في بني فلان تزوج فيهم . وحكي الفارسي : استنكحها كنكحها .

فصل

عموم البلوى بالنكاح

٥٥٨٩ - وكتاب النكاح البلوى به عامة ، والخصائم فيه كثيرة ، ومذاهب

وفي سبل السلام (١٠٩/٣) النكاح لغة الضم والتداخل ، ويستعمل في الوطء وفي العقد ، قيل مجاز من اطلاق اسم المسبب على السبب وقيل انه حقيقة فيها ، وهو مراد من قال انه مشترك وكثر استعماله في العقد فقيل انه فيه حقيقة شرعية .

(١) الاصل في هذا الخلاف حديث « يا معشر الشباب من استطاع منكم لقاء فلتهتزوج فإنه اغض للبصر واحصن للفرج ، ومن لم يستطع فعليه بالصوم قاله له وجاء » : وقد جاء في سبل السلام (١٠٩/٣) « اختلف العلماء في المراد بالبائة ، والاصح ان المراد بها الجماع ، فتقديره من استطاع منكم الجماع لقدوته على مؤلة النكاح فلهتزوج ، ومن لم يستطع الجماع لمعجزه عن مؤلته فعليه بالصوم ليدفع شهوته ويقطع شرمه كما يقطع الوجاء : (اي) الاختصاص ... والامر بالتزويج يقتضي وجوبه مع القدرة على تحصيل مؤلته ، والى الوجوب ذهب داود وهو رواية عن احمد ، وقال ابن حزم وفرض على كل قادر على الوطء ان يجد ان يتزوج او يتعمرى ، فان حجز عن ذلك فليكثر من الصوم ، وقال انه قول جماعة من السلف . وذهب الجمهور الى ان الامر للنذبة .. »

المقهاء مختلفة ، في فروعه وأصوله ، ومواضع الجواز والبطان فيه ، وخلافه كثير ، وحججه كبير ، ولا بد من ذكر مسائل من كل باب ، وطرفاً من كل فن ، وما يفعله المحاكم فيه اذا وقعت الخصائم وتشاجر الزوجان ، ويقدم المجمع عليه مجملًا والمختلف فيه مفصلاً ، وواضح الخصائم مبيناً ان شاء الله .

ما أجمع عليه من النكاح اللازم

٥٥٩٠ - اجمع العلماء ان النكاح اذا عقده الولي على وليته ، وهو عدل في دينه ، مرضي في قوله سليم من الموانع ، وقصد اذنت له في ذلك المولى عليها ، وحضر الشهود العدول ، ووجد لفظ النكاح والتزويج وذكر المهر والخطبة ونفى عن المهر الفساد والجهالة ، واستوفى قدر مهر المثل ، ووجدت الكفاءة في النسب والدين والحرية والقدرة على المهر والنفقة ، والزوجان ممي يهوز ان ينكح كل واحد منهما صاحبه ان النكاح جائز وحكمه لازم .

٥٥٩١ - وكلما انفرد من هذه الشروط المذكورة شرط دخل الخلاف في ذلك .

٥٥٩٢ - ونحن نفصل هذه الشروط كلها ليعلم ان الجملة التي ذكرنا مجمع عليها وما عداها مختلف فيه .

فصل

الولاية في النكاح

٥٥٩٣ - واما الولاية (١) في النكاح على الحرة البالغة المكلفة ، فعند أبي حنيفة

(١) سند من ذهب الى شرط الولاية في النكاح حديث أبي بردة بن

ولا ولاية عليها واذا زوجت نفسها من كفوء لازم ، وان كان
النكاح من غير كفوء فللاولاية فسخه واجازته (١)
٥٥٩٤ - وقال ابو يوسف ومجد لا يجوز النكاح بغير اذن الولي في الحالين ،
ويقف النكاح اجازته ورده (٢) .

= موسى عن ابيه قال ، قال رسول الله (ص) « لا نكاح الا بولي »
وحديث عائشة ان النكاح من غير ولي باطل . وقد جاء في سبل السلام
(١١٧/٣) « اختلف العلماء في اشتراط الولي في النكاح ، فالجمهور
على اشتراطه ، والله لا تزوج المرأة نفسها ، وحكى عن ابن المنبر
انه لا يعرف عن أحد من الصحابة خلاف ذلك . وقال مالك يشترط
في حق الشريفة لا الوضيعة ، فلها ان تزوج نفسها . وذهبت الحنفية
انه لا يشترط مطلقاً ، محتجين بالقياس على البيع ، فانها تستقل
ببيع مملكتها .

(١) اخذ قانون الاحوال للشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ بقول
ابي حنيفة في كون العاقاة البالغة لا ولاية لاحد عليها في الزواج
(م ٤ و ٧ ق ١) ايا كان مذهبها عند العقد العقد

(٢) جاء في شرائع الإسلام للمحقق الحلبي في صدد الولاية في النكاح « لا
ولاية في عقد النكاح لغير الأب والجد لأب واد علا... وهل ثبتت
ولايتها على السكر الرشيدة ؟ فيه روايات اظهرها سقوط
الولاية عنها » .

وجاء ايضاً « اذا عطلها الولي ، وهو ان لا يزوجها من كفء مع
رغبتها ، فانه يجوز لها ان تزوج نفسها » واو كرها اجماعاً . ولا
ولاية لها على الثيب مع البلوغ والرشد ولا على البالغ الرشيد » .

٥٥٩٥ - ولا فرق عندنا بين الثيب والبكر .
٥٥٩٦ - وفسرق بعض الفقهاء بين ذلك واجاز نكاح الثيب وابطل نكاح
البكر ؛

٥٥٩٧ - ولا فرق بين الدنية والشريفة .
٥٥٩٨ - وقال مالك ان كانت شريفة لم يجز ، وان كان لا حسب لها جاز .
٥٥٩٩ - وقال الشافعي النكاح الى الرجال ولا يملك النساء عقده بحال على
نفسها ولا غيرها بوكالة ولا ملك (١) ؛

فصل

كمال أهلية المرأة في العقود

٥٦٠٠ - واجمع الفريقان انها كالرجال في مائر العقود سوى للنكاح .
٥٦٠١ - وانها يصح اقرارها بالنكاح .
٥٦٠٢ - وانها في الحد كالرجل الحرة كالحر والأمة كالعبد .
٥٦٠٣ - وانها تملك اسقاط مهرها واختيار اعيان الازواج ، وتملك بدل
مالها في الخلع .
٥٦٠٤ - وانها في التكليف والرجل سواء الا في مواضع اختلفوا فيها .
٥٦٠٥ - والعلة عندنا انها مكلفة مالكة لامرها فلا يولي عليها .

(١) الأصل في هذا حديث لا تزوج المرأة المرأة ولا تزوج المرأة نفسها
رواه ابن ماجه والدارقطني ورجال ثقة وجاء في سبيل السلام
(٢٠/٣) فيه دليل على ان المرأة ليس لها ولاية في الانكاح لنفسها
ولا لغيرها ، فلا عبارة لها في النكاح ايجاباً ولا قبولاً .

فصل

حق المرأة في الاعتراض على تزويجها

من غير كفوء

- ٥٦٠٦ - واتفق الفريقان ان الولي لو زوجها من غير كفوء ان لها الاعتراض عليه في الفسخ والاجازة .
- ٥٦٠٧ - وقال الشافعي اذا زوج (الولي) من غير كفوء فالنكاح باطل .
- ٥٦٠٨ - وقال مالك الكفاة في النكاح غير معتبره (١) .
- ٥٦٠٩ - وهو اختيار الكرخي من اصحابنا ، لانها لا تعتبر في الدماء .
- ٥٦١٠ - والجماعة بخلافه .

فصل

نكاح الأمة والصغيرة

- ٥٦١١ - واتفقوا جميعاً على انه لا يجوز نكاح أمة ولا صغيرة لانهما لا ولاية لهما على نفسيهما ولا على غيرهما .

(١) لم يؤخذ بقول مالك على اطلاقه في الفقه المالكي فقد افتنى سحنون بان للسلطان منسح الأب من تزويج ابنته بمن ليس بكفء لها فجاء في البهجة في شرح البحفة للتسولي (٢٥٩/١) « قال سحنون في العلمانية : اذا اراد الأب ان يزوج ابنته بمجنونا أو مجلدوماً أو ابرص أو أسود أو من ليس بكفء لها ، وأبت الابنة ذلك ، كان للسلطان منعه ، لأن ذلك ضرر » وجاء ايضاً ان قول سحنون ملدا احسن

فصل

الآثار المروية في النكاح

- ٥٦١٢ - وقد لوج ابو بكر رضى الله عنه عائشة رضى الله عنها ، وهي صغيرة بنت صبيح وبني بها النبي (ص) وهي بنت قيس .
- ٥٦١٣ - وزوج علي ام كلثوم من عمر بن الخطاب رضى الله عنهم وهي صغيرة .
- ٥٦١٤ - وهو قول اصحابنا والشافعي ومالك وعامة الفقهاء انه يجوز للاب تزويج الصغير والصغيرة (١)
- ٥٦١٥ - وكان القياس عندنا انها تختار بعد البلوغ ، وهو قول الحسن وعطاء وقتاده والأصم وابن عليه .
- ٥٦١٦ - ولو كان لها خيار لخبرت عائشة رضى الله عنها .

(١) عدل قانون الاحوال الشخصية عن هذا القول فلم يعد الاب والجد الصحيح تزويج الصغير والصغيرة دون السادسة عشرة ، اما اذا بلغ المراهق أو المراهقة هذه السن كاملة وأدعى أحدهما البلوغ وطلب الزواج فقد جعل القانون المذكور أمر تزويجه للقاضي بعد التحقق من صدق دعواه وقابلته البدنية وبعد موافقة الولي الشرعي ، فان عقل الولي الصغير أو الصغيرة طلب القاضي منه موافقته خلال مدة يحددها له ، فان لم يعترض ، او كان اعتراضه غير جدير بالاعتبار اذن القاضي بالزواج ، (م ٩ من قانون الاحوال الشخصية) .

فصل

الأب والجد الصحيح في الولاية سواء

٥٦١٧ - والأب والجد في ذلك سواء عندنا وعند الشافعي .

٥٦١٨ - وقال مالك لا يجوز إلا نكاح الأب خاصة ، على الصغير .

٥٦١٩ - وهو قول حاكم الشعبي .

٥٦٢٠ - لأن الجد أب في الشرع ، وكل حكم ثبت للأب فالجد مثله ،
والحاجة داعية الى تصرف الجد بالمال وحفظه ، ولو لم يجز نكاح
الجد لكان الأب مثله ، والشرع ورد بخلاف ذلك .

فصل

الصداق^(١)

٥٦٢١ - والصداق يكون على الأبن عندنا ، وهو قول الحسن وحماد وبه قال
الشافعي ومالك .

٥٦٢٢ - وقال الشعبي على الأب العاقد دون الأبن .

٥٦٢٣ - ولا خلاف ان ثمن المبيع يكون في مال الصبي دون الأب .

فصل

كفالة الأب الصداق

٥٦٢٤ - وعندنا لو كفل به الأب أمه به ، لأنه دين ، ونصح الكفالة به ،
فان اداه في صحته فهو متطوع به ، لا يرجع على ابنه ، وان اداه

(١) الصدقة والصدائق والصدائق مهر المرأة وجمعها في ادنى العدد اصدته
والكثير صدق وهذا ان البنا آن انما هما على الغائب ، وقد اصدق المرأة
حين تزوجها جعل لها صداقاً (وسمى لها صداقاً والصدقات جمع
الصدقة في قوله تعالى وآتوا النساء صدقاتهن نحلة لسان العرب) .

وهو مريض ، أو أخذ من تركته بعد موته احتسب ذلك من نصيب الابن .

٥٦٢٥ - وقال زفر لا يرجع به على الابن في الحالين ، لأنه لزمه بطء اذنه .

فصل

تزويج غير الأب والجد

من العصب الصغير

٥٦٢٦ - وان كان الزوج للصغير والصغيرة غير الأب والجد من العصبات فالنكاح جائز ولهما الخيار بعد البلوغ عند أبي حنيفة ومحمد .

٥٦٢٧ - وكذلك اذا زوج الحاكم جاز وفي الخيار روايتان .

٥٦٢٨ - وفي جواز تزويج ذوي الارحام ممن يرث خلاف رواية عن أبي حنيفة .

٥٦٢٩ - وقال الشافعي ليس لغير الأب والجد أن يزوج الصغيرة والصغير .

٥٦٣٠ - وقد زوج النبي صلى الله عليه وسلم بنت حمزة من عمر بن أم سلمة (١) وهي صغيرة .

٥٦٣١ - ولا فرق بين الأب والجد وسائر العصبات بعد البلوغ ، وفي طلب الكفاءة .

٥٦٣٢ - وما للأب من المزية في الاحكام يوجب تقديمه على البعيد من العصبات كالبراث .

(١) هو سلمة ابن أبي سلمة عبد الله بن عبد الأسد بن هلال بن عمر بن مخزوم القرشي المخزومي وهو الذي زوج أمه أم سلمة من رسول الله (أسد الغابة ج ٢ ص ٣٣٧ ، ج ٥ ص ٤٠٠) .

فصل

نزويج الابن أمه المجنونة

- ٥٦٣٣ - والأبن يزوج أمه المجنونة وإن كان من غير العشيرة كما برئها .
٥٦٣٤ - وقال الشافعي لا يزوج أمه إلا أن يكون مولاهما أو حاكما أو من العشيرة .
٥٦٣٥ - وعنده ابن العم لا يزوج الصغيرة فكيف يزوج المجنونة ، فإن قال إنه لا يجوز أن ارتفع الخلاف في المسألة .

فصل

اجتماع الأب والابن

- ٥٦٣٦ - وإذا اجتمع الأب والابن فالأبن أحق عند أبي يوسف .
٥٦٣٧ - وقال محمد الأب أحق لأنه سبق بالولاية (١)
٥٦٣٨ - ومن أصحابنا من قال أيهما زوج جاز لأنه عصبة يرث كل واحد مع الآخر وإن اختلفا في كيفية الارث .

فصل

تقصيرها في المهر

- ٥٦٣٩ - وإن قصرت في مهرها فللأولياء الاعتراض عليها في ذلك ، فسبح النكاح عند أبي حنيفة .

(١) بقول محمد أخذ الطحاوي في مختصره (ص ١٦٩) .

- ٥٦٤٠ — وقال أبو يوسف ومجد ليس لهم ذلك وهو قول الشافعي .
٥٦٤١ — والخلاف يتحقق اذا اذن الولي لرجل بان يزوج ورهيبته
هي بالهداق .

فصل

تقصير الأب في مهر ابنته

- ٥٦٤٢ — وقال أبو حنيفة اذا قصر الأب في مهر ابنته ، أو زاد في مهر
الابن فهو جائز ويلزم ذلك .
٥٦٤٣ — وقال أبو يوسف ومجد لا يجوز ذلك ، ولا يجوز الا بمهر المثل
وما يتغابن الناس فيه (١)
٥٦٤٤ — وهو قول الشافعي واختلف عنهما في تفسير لا يجوز فمنهم من قال
عنهما لا يجوز تسمية الصداق ويلزم مهر المثل كما لو لم يسم في العقد
شيء ومنهم من قال العقد لا يجوز .
٥٦٤٥ — لأن ابطال القسمة انما يصح تبعاً لأبطال العقد .

فصل

خيار البلوغ

- ٥٦٤٦ — وخيار الصغيرين اذا بلغا يكون خيار البلوغ ، فاذا اشهد في

(١) بقولهما اخذ الطحاوي في مختصره (ص ١٧٣)

المجلس الذي بلغا فيه (١) ورفع ذلك الى القاضي فرق بينهما وهما زوجان ما لم يفرق بينهما يتوارثان ، ما لم يفرق القاضي وان حصل الاختيار .

٥٦٤٧ — وقد روى ابن المبارك انه لا خيار لهما عند ابي حنيفة .

٥٦٤٨ — وهو قول ابي يوسف من غير خلاف عنه .

٥٦٤٩ — والخيار في المجلس في قولهم عند البلوغ فان سكنت البكر قليلا ولم تحضر فسخ النكاح جاز النكاح وبطل الخيار لان سكونها بمنزلة الاذن .

٥٦٥٠ — وخيار الطلاق والعنة على المجلس ما لم يوجد اعتراض كخيار القبول في البيع .

٥٦٥١ — وان قامت من المجلس بطل الخيار .

فصل

زعمت أنها لا تعلم أن لها الخيار

٥٦٥٢ — واذا علمت بالنكاح وقالت لم اعلم ان لي الخيار فلا خيار لها ، كما لو أقر الشفيع بالبيع وقال لا اعلم ان لي شفعة .

٥٦٥٣ — وكذلك الرد بالعيب .

(١) في المخطوطة : (بلغ) وما بين قوسين يقتضيه سياق الكلام .

فصل

زعمت أنها لم تعلم بالنكاح

٥٦٥٤ — وان قالت انا اعلم بان الخيار لمن زوجها غير الأب والجد ، ولكن لم اعلم بالنكاح فلها الخيار .

٥٦٥٥ — والقول قولها مع يمينها انها ما علمت بالنكاح .

٥٦٥٦ — فاذا حلفت فلها الخيار عقيب ذلك . فان فسخت والا لزم للنكاح .

فصل

اختلاف الزوجين في اختيارهما الفرقة

٥٦٥٧ — وان اختلفت هي والزوج بعد البلوغ فقالت اخترت الفرقة حين ادركت ، وقال الزوج لم نختاري ، فالقول قول الزوج لأن الاصل عدم الخيار .

٥٦٥٨ — والبينة بينة المرأة اذا شهدت لها بالفرقة ، ولها ان تستحلف الزوج على دعوها ، لأن الفرقة يصح بدلها عند أبي حنيفة ، وثبت بالأقرار عندهما .

فصل

ردت النكاح بعد البلوغ ثم رضيت

٥٦٥٩ — ولو قالت بعد البلوغ لا ارضى بالنكاح وقد اخترت الفرقة ، ثم
(١) الفرق بين هذه المسألة والسابقة عليها ان الجاهل بحكم الشرع لا يقبل من مكلف والجاهل بالواقعة يقبل .

رخصت قبل ان يلقى الحاكم جازاً للنكاح ، لأنها رخصت قبل
الفرقة بالنكاح (١) .

فصل

سكوت الغلام

٥٦٦٠ - ولا يكون سكوت الغلام رضا بعد البلوغ ، ورضاه ان يرضى
بقوله : رخصت او يطأ الزوجة فيكون رضا .

فصل

تكييف اختيار الفسخ

٥٦٦١ - وهي اذا اختارت أو اختار الفسخ (وقعت) فرقة بغير طلاق
لأنها يستوي فيها الرجل والمرأة .

فصل

لا مهر مع اختيار الفرقة

٥٦٦٢ - ولا مهر لها ان لم يدخل بها ، سواء أكانت هي التي اختارت ، أو
اختار الزوج (٢) .

فصل

دخل بها وهو صغير ثم اختار الفرقة

٥٦٦٣ - وان كان دخل بها وهو صغير ثم اختار الفرقة بعد البلوغ فعليه

(١) أي قبل الحكم بالفرقة بالنكاح .

(٢) لأن هذه الفرقة ليست طلاقاً وإنما هي نفص لعقد موقوف على الخيار .

المهر الذي سمي كائناً ما كان ، والفرقة بغير طلاق .
وسندكر في كتاب الطلاق ما يكون طلاقاً وما لا يكون لان ذكره
هناك اشبه بالموضع من ههنا .

فصل

٥٦٦٤ - والاب اذا زوج ابنته او غيره من الاولياء وهي بكر ، واختلفت
هي والزوج ، فقال الزوج بلفك النكاح فسكت ، وقالت بل بلغني
فرددت ، فالقول قول المرأة عند ابني حنيفة ، ولا يمين عليها ،
وهنדהما اليمين عليها .

٥٦٦٥ - وقال زفر القول قول الزوج لان الاصل هو السكوت
والرد طاريء .

٥٦٦٦ - وابو حنيفة يقول الظاهر يدفع به دعوى الغير ولا يستحق به على
الغير شي . ولهذا مسائل كثيرة نظرت .

فصل

كيفية إجازة العقد

٥٦٦٧ - وكل عقد وقف على الاجازة فاجازته انما تكون بقول المجيز او
تمكنه من الوطء .

٥٦٦٨ - وقد كان النبي (ص) اذا اراد ان يزوج بنتاً دنا من خمرها وقال :
ان فلاناً يذكر فلانة فان سكنت زوجها .

فصل

اذنها صممتها

٥٦٦٩ - وقال « الایم أحق بنفسها من وايها ، والبكر تستأذن في (نفسها)
واذنها صممتها » (١) .

(١) سنن النسائي (٨٤ / ٦) في رواية اخرى « واليتيمة تستأذن » وفي
ثالثة « ليس للولي مع الثيب أمر واليتيمة تستأمر وصممتها اقراؤها »

وقال «سكوتها اقرارها» .

٥٦٧٠ - وقد كان القياس ان لا يكون السكوت اذنا ، والمأ تركنا ذلك للأثر .

فصل

بكاء البكر

٥٦٧١ - ولو بكى حين اعلمت فقد روى عن محمد انه يكون اذنا .

٥٦٧٢ - وقال غيره لا يكون البكاء اذنا .

٥٦٧٣ - واتفق الجميع على ان الضحك اذن .

فصل

زوجها ولي بغير كفوء برضاها

٥٦٧٤ - واذا زوج أحد الاولياء من غير كفوء برضا الزوجة سقط حق

من بقي من الاعتراض عند أبي حنيفة ومحمد لأنه حق لا يتبعض .

٥٦٧٥ - وقال أبو يوسف لا يسقط ، ولمن بقي حق الفسخ .

٥٦٧٦ - وللشافعي قولان .

٥٦٧٧ - واتفق الجميع على ان حق العقد لكل واحد ، وانه اذا تولاه

بعضهم سقط حق الباقي .

فصل

عند غيبة الولي الأقرب

٥٦٧٨ - والولي الأقرب اذا غاب جاز للولي الأبعد ان يزوجه الصغيرين ،

- ويتصور الخلاف في الأب والجد والاخ للأب والأم والاخ للأب
 ٥٦٧٩ — وقال زفر لا يجوز .
 ٥٦٨٠ — وقال الشافعي بزواج مع غيبة الولي الاقرب الحاكم .
 ٥٦٨١ — والخلاف لا يتصور مع الشافعي في امرأة بعينها ، لأنها اذا كانت
 كبيرة فليس لاحد عليها ولاية ، وان كانت صغيرة فالحاكم
 لا يزوج الصغار عنده ، وقد اوفضت ذلك في كتاب الخلاف من
 الهادي الى النظر في المسائل وطلب الدلائل ، .

فصل

عدالة الولي^(١)

- ٥٦٨٢ — واما اعتبار العدالة في الولي فان الشافعي اعتبرها ، وقال : لا تجوز
 ولاية فاسق على ابنته واخته ، ومن أصحابه من قال ان كانت
 ولاية اختيار لم يناف الفسق ، وان كانت ولاية اجبار كالاب
 والجد نافي الفسق .
 ٥٦٨٣ — واعتبر بعضهم للعدالة الباطنة والظاهرة .
 ٥٦٨٤ — وقال ابو حنيفة يجوز ان يكون الولي فاسقاً ووكيلاً في النكاح .
 ٥٦٨٥ — واتفق الجميع على ان الرق والصبر والجنون يمنع الولاية .
 ٥٦٨٦ — وقال محمد بن الحسن والشافعي : السفه لا يكون ولياً في النكاح
 على ابنته .

(١) انظر في عدالة الولي بحث العدالة في الشهادة .

٥٦٨٧ - وقال الجميع للاب الكافر ان يزوج ابنته الكافرة ، وجعل الكفر اقل من الفسق .

٥٦٨٨ - واجاز الجميع ان يزوج لنفسه وانه يملك الاعتراض عليها في الكفاءة ، وانه يستوفى القصاص ، ويجوز ان يكون وكيل في سائر العقود ، ويجوز ان يبيع الامة ويشترى العبد .

الشهادة في النكاح

٥٦٨٩ - واعتبر اصحابنا في النكاح الشهادة ، وقالوا انها شرط في الصحة (١) .

٥٦٩٠ - وبه قال الشافعي .

٥٦٩١ - وقال مالك : يجوز بغير شهادة كما يجوز البيع ، ويجوز بشهادة الفاسق ، لانه يجوز بشهادة الكافر .

٥٦٩٢ - وقال الشافعي لا يجوز بشهادة فاسقين .

٥٦٩٣ - ويجوز ان ينعقد النكاح بما لا يثبت به عند الحاكم كنكاح الكافرين بشهادة مثلهم ، ولا يثبت بالاقرار ، ولا ينعقد به النكاح .

فصل

٥٠٩٤ - ويجوز بشهادة رجلين او رجل وامرأتين عندنا .

٥٦٩٥ - وقال الشافعي لا ينعقد بشهادة الرجال والنساء ولا يثبت .

٥٦٩٦ - وكذلك الرجعة والوكالة والوصية والطلاق والعنق وكل ما ليس بمال ولا المقصود منه المال .

(١) اعتبار الشهادة شرطاً في النكاح - خلافاً لسائر العقود - من مسائل الاجماع في الشهادة كما في الميزان الشمراني والافصح لابن هبيرة في بحث الشهادة .

٥٦٩٧ . واجاز شهادة النساء في الرضاع مع الرجال ، وليس بحال ، وكذلك
اذا شهدوا بالاسلام فقتل (١) •

فصل

أخبار النساء في النكاح

٥٦٩٨ . واختار النساء في النكاح مقبولة ، وليس في اعتبار الشهادة والولي
الارواية النساء فكيف عمل بقولها في الأصل ولم يعمل به
في الفرع .

فصل

٥٦٩٩ . واذا شهد ذميان في نكاح كافرة ومسلم جاز عند ابي حنيفة
وابي يوسف .
٥٧٠٠ . وقال محمد لا يتعقد .
٥٧٠١ . وهو قول الشافعي .
٥٧٠٢ . وهذه المسئلة تبني على جواز شهادة الكافر على الكافر ، وهو الذي
يحتاج اليه في الاباحة .

فصل

ألفاظ النكاح

٥٧٠٣ . واما اعتبار اللفظ التزويج والانكاح فعندنا يتعقد بهما النكاح ،

(١) كما في النسختين وما بين حرف القاف واللام حرف غير
منقوط فيهما .

وبكل اللفظ يملك به رتبة الأمة ، فإنه ينعقد النكاح لأن المقصود
ان يملك بلفظ يملك الملك .

٥٧٠٤ - وفي الاجارة خلاف رواية عن ابي الحسن الكرخي رحمه الله .

٥٧٠٥ - وقال الشافعي لا ينعقد بغير اللفظ النكاح والزواج لأنه وطوع
للنكاح .

٥٧٠٦ - واتفق الفريقان على انه يجوز ان يطلق ويعتق ويبيع ويرهن ويشارك
ويساق بغير اللفظ الموضوع للمعد .

فصل

النكاح بغير العربية

٥٧٠٧ - ويجوز بغير اللفظ العربية وسائر اللغات وان كان يحسن العربية .

٥٧٠٨ - وقال الشافعي لا يجوز بغير اللفظ العربية لمن يحسن ذلك ، ولمن
لا يحسن وجهان في الجواز .

٥٧٠٩ - واتفق العلماء على انه يجوز ان يقر بالنكاح بغير العربية ويوكل (١)
وبيع ويعقد سائر عقود .

فصل

لا نكاح بغير بدل

٥٧١٠ - واجمعوا على انه ليس لأحد بعد النبي صلى الله عليه وسلم ، ان
ينكح بغير بدل في العقد ، وسنذكر كتاب الصداق وما فيه ان
شاء الله .

(١) في اللسختين يؤمن .

فصل

تمهيد لما يحل ويحرم من المنكوحات

٥٧١ - واختلف العلماء في مواضع اباحة النكاح وجوازه في الاحيان دون الشروط في العقد وأجمعوا على مواضع في التحريم ومواضع في الصحة واختلفوا في المواضع الأخر ، فمنهم من يلحق ذلك بالمحرم ومنهم من يلحق ذلك بالمحلل ، والأصل في ذلك ما نذكره .

باب

ما يحرم من المنكوحات

٥٧١٢ - ذكر الله تعالى في كتابه اربعة عشر ضرباً من المحرمات : لأربع عشرة امرأة سبعة من جهة النسب وسبعة بالسبب ؛

فصل

الحرمة من جهة النسب

٥٧١٣ - فقال :

« حرمت عليكم امهاتكم » (١)

فالأم حرام بنص الكتاب والسنة وامهاتها الى آدم حرام من جهة الآباء والامهات وكذلك امهاتها من جهة الرضاة (٢) حرام بالسنة ، والاجماع فيما عدا الأم . (٣)

(١) النساء ٢٣ - ٢٥

(٢) الرضاع يفتح الراء وكسرهما لغة مص الولد ثدى الأم واصطلاحاً مص الرضيع اللبن (رسالة لأبن نجم في حدود الفقه منشورة في آخر الاشياء والنضائر مع غمز عيون البصائر (ص ١١٩) :
(٣) أي انها حرام بنص القرآن .

٥٧١٤ - ثم قال :

« وبناتكم »

فالبنات حرام بنص القرآن وأولاد البنين والبنات حرام بالسنة والاجماع الى آخر النسل .

٥٧١٥ - ثم قال :

« واخوانكم »

فالأخت حرام بالنص ، ولا فرق بين الأخت من الأب أو الام او منها (وما ولدن وان سفلن عليه حرام ، وكذلك اخته من الرضاع وما ولدت وان سفلن) (١)

٥٧١٦ - ثم قال :

« وعماتكم »

فالعمة حرام بنص القرآن وعماتها وخالاتها وامهاتها حرام بالاجماع والسنة .

٥٧١٧ - ثم قال :

« وخالاتكم »

فالخاله حرام وخالاتها وامهاتها بالاجماع والسنة ،

٥٧١٨ - ثم قال :

« وبنات الاخ وبنات الاخت »

واجمع العلماء ان بنت العمة والخاله حلال ، وان بنت الأخت

(١) ما بين قوسين من مختصر الطحاوي (ص ١٧٦)

وبنائها حرام وكذلك بنات الأخ وبنات بناته وبنات بنيه حرام .
فهؤلاء حرام من جهة النسب .

فصل

الحرمة من جهة السبب

٥٧١٩ - وأما السبب : فقولہ :

« وامهاتكم اللاتي أرضعنكم » .

فالأم من الرضاعة حرام بالنص ، والقول في امهاتها كالقول في
أم للنسب ، وكذلك بناتها ، لأنه علمه السلام قال :

« يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب (١) »

٥٧٢٠ - والأخت من الرضاعة كالأخت من النسب وأولادها كأولادها .

٥٧٢١ - واجمعوا على أن أولاد الأخ من الرضاعة مثل النسب وإن أولاده
كأولاده سواء في التحريم .

٥٧٢٢ - ثم قال :

« وامهات نسائكم ، فحرمت أم الزوجة بالنص وامهاتها حرام
بالاجتماع إلى آدم ، ولا فرق عندنا بين أن يكون دخل بالهنت أو لم
يدخل بها لأنها مبهمة » (٢) .

(١) سنن النسائي ٩٩/٦ وروى أيضاً « يحرم من الرضاع ما يحرم
من الولادة » .

(٢) في النسختين : بالأم وهو غلط والصواب ما أثبتناه .

- ٥٧٢٣ - وهو قول ابن عباس وابن مسعود ، وبه قال عامة الفقهاء .
- ٥٧٢٤ - ومن التابعين من قال : اذا لم يدخل بالبت لم تحرم عليه بالمقد ، وجعل شرط الدخول يرجع الى الجميع ، ولو رد الى الجميع لفسد الكلام لأنه يصير « وربائبكم من نساءكم » وهذا يفسد الكلام
- ٥٧٢٥ - واجمعوا على ان الأمة المشتراة لا تحرم (امها) بنفس الشراء ، وانه اذا دخل بأمة ان امها حرام عليه كالحرّة .
- ٥٧٢٦ - ثم قال :
- « وربائبكم اللاتي في حجوركم من نساءكم اللاتي دخلتم بهن . فان لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم »
- فالريبة حرام بهذه الشرائط المذكورة .
- ٥٧٢٧ - وان كانت في غير حجره فكذلك ايضاً ، وانما خرج الكلام على المعتاد .
- ٥٧٢٨ - ومن السواد من الفقهاء من قال : اذا لم تكن في حجره يجوز ، وهذا ظاهر الفساد .
- ٥٧٢٩ - ثم قال :
- « وحلائل ابنائكم »
- فزوجة الابن حرام بالنص على أبيه .
- ٥٧٣٠ - واجمع العلماء ان مائر الاجداد مثل الاب في ذلك .
- ٥٧٣١ - واجمعوا على انه لو وطئ أمة انها تحرم على الآباء كالزوجة .
- ٥٧٣٢ - واجمعوا ان أولاد البنات والبنين في ذلك سواء :

٥٧٣٣ - وقوله :

« من اصلا بكم »

٥٧٣٤ - ليخرج من ذلك اولاد النبي كزيد بن حارثة . (١)

٥٧٣٥ - والبا فرض الله تعالى لكاح امرأة زيد على رسول الله (ص) واوجبه عليه لتقدي به الأمة في ذلك ، ولهذا قال « لكي لا يكون على المؤمنين حرج في ازواج ادعيالهم اذا اقتصوا منهن وطراً ، وكان أمر الله مفعولاً .

٥٧٣٦ - ثم بين ان نبيه كان يكره ذلك ويمتنع منه طبعاً بقوله :

٥٧٣٧ - « ما كان على النبي من حرج فيما فرض الله له » يعني عليه .
ثم قال :

« سنة الله في الذين خلوا من قبل »

٥٧٣٨ - ثم قال :

« وان تجمعوا بين الاختين الا ما قد سلف »

فالجمع بين الاختين حرام في عقد النكاح .

٥٧٣٩ - واجمعوا ان ملك اليمين مثل ذلك (٢)

(١) كان النبي معروفاً في الجاهلية وقد نبى النبي (ص) زيد بن حارثة عملاً بذلك للعرف ثم ابطال النبي بعد ذلك بآية « ادعوهم لأبائهم » (انظر قصة هذا النبي في حزانة الادب للبغدادي - المطبعة السلفية

ج ٣ ص ٢٦٦ - ٢٦٧) .

(٢) انظر الموطأ رواية محمد بن الحسن الشيباني (ص ١٨٠) باب الرجل يجمع بين المرأة وابنتها وبين المرأة واختها في ملك اليمين (الرقم ٥٣٦-٥٣٧)

٥٧٤٠ - وقد خالف في ملك اليمين مخالفاً ، ولو جاز ذلك لي اليمين
لجاز في الأم والابنة .

٥٧٤١ - وقوله :

« الا ما قد ساف » يعني في الجاهلية .

٥٧٤٢ - وقال في آية اخرى :

« ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء (١) فهذه السابعة .

٥٧٤٣ - وقال :

« والمحصنات من النساء الا ما ملكت ايمانكم (٢) »

فهذا في ازواج الكفار اذا سبين وقعت الفرقة بينهم وحلل لنا .

٥٧٤٤ - ثم قال :

« كتاب الله عليكم »

أي اقتدوا بما حرمت وحللت ولا تفعلوا غيره :

٥٧٤٥ - ثم قال :

(١) في سنن النسائي (١٠٩/٦ - ١١٠) « عن البراء قال لقيت خالي ومعه

الرابة ، فقلت ابن تريد ؟ قال ارسلني رسول الله (ص) الى رجل

تزوج امرأة ابيه من بعده ان اضرب عنقه أو اقتله » وفي رواية

اخرى عنه « ان اضرب عنه وأخذ ماله » .

(٢) وهنا ينظر لنا سؤال مهم في هذا الصدد فهل ينطبق حكم هذه

الآية في عصرنا هذا على الحروب التي تقع بين دولة مسلمة واخرى

غير مسلمة وهل يحل لجنود الدولة المسلمة ان يملكوا نساء جيش

العدو غير المسلمين وان يدخلوا بهن دحولا مشروهاً ؟ ام يقال بان =

« وأحل لكم ما وراء ذلك »

بشرط ان لا يكون في معنى ما حرم علينا ، فتي كان في معناه فهو
حرام مثله .

= حكم هذه الآية مبني على عرف العصر الذي نزل فيه القرآن حيث كانت جميع الدول المعاصرة للدولة الإسلامية في عصر البعثة تفعل بالأسيرات مثل ذلك الفعل ، فكانت جيوش الدول غير المسلمة تستبيح الأسيرات من نساء المسلمين بمجرد الأسر اذ كن يعتبرن بالأسر مملوكات لمن كما تعتبر نساؤهم بالأسر مملوكات للمسلمين ، فلما تغير العرف الدولي في عصرنا هذا وجب القول بأن حكم الآية وان لم يتغير الا ان تغير العرف الدولي جعل احد شروط تطبيقه مفقوداً فلم يعد جائزاً تملك الأسيرات غير المسلمات بمجرد الأسر وانما تملك حجزهن فحسب كما لا يملكون الأسيرات من رعايا الدولة الإسلامية وانما يملكون حجزهن فقط وبذلك لا تنسخ عقود الزواج بين الأسيرات وبين أزواجهن في معسكر الفريقين فلا ينطبق حكم الآية الكريمة الا اذا خالف جيش العدو العرف وأباح لجنوده تملك الأسيرات من المسلمات والتزوج بهن .

ولا يمكن الرد بأن العرف لا يغير نص القرآن لأن حكم الآية مشروط ببقاء العرف القديم وعدم تجاوز العرف الدولي الجديد ، فإن التزم العدو به فحكمه النص تقضي بأن لا يطبق على الحروب الحديثة وهذا شبه بالآية المتعلقة بالمؤلفة قلوبهم فقد اجتهد الامام العادل عمر ابن الخطاب (رض) عنه فوجد ان حكمها موثقة وان حكمها =

فصل

عدم الجمع بين المرأة وعمتها أو بينها وخالتها

٥٧٤٦ - وقد روى عن النبي (ص) انه قال :

« لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها ولا بنت اختها ولا بنت أخيها ، ولا نسأل المرأة طلاق اختها لتكفي ما في صفحتها ، فإن الله هو الرزاق (١) . »

= مرهون بالحاجة الموقتة بمقدار تحقق شروط الحاجة ، فلا تنطبق الا اذا تجددت الحاجة ، فإذا انتهت فلا نلتزم ، بتأليف قلوب ، خاوية على ايمانها ، من هذا المثال يتضح لنا ضرورة تجديد احكام السير أي قواعد القانون الدولي ، بمراعاة روح التشريع الاسلامي من جهة وتغير العرف الدولي من النقيض الى النقيض حيث اصبح الاصل في العلاقات الدولية في عصرنا هذا قيامها على السلم والتعاون ولبادل المصالح ومراعاة مبادئ المروءة والعدل ، وعدت الحرب شذوذاً على ذلك فوجب معاملة الدول الاخرى على اساس من المقابلة بالمثل وهو مبدأ يقره الاسلام وعلى اساس منه فرض سيدنا عمر بن الخطاب (ر) الضريبة على التجار الوافدين الى دار الاسلام . ويمكن ان نأخذ قاعدة التعايش السلمي بين الشعوب المؤمنة بالسلام في قوله تعالى « تعالوا الى كلمة سواء » فإن مطلق هذه الآية لا يمكن التسلم بنسخه بفرض الجهاد على المسلمين لأن للجهاد شروطاً واحكاماً وظرفاً فهو مقيد بكل ذلك .

(١) في سنن النساء عن ابي هريرة ان رسول الله (ص) نهى عن اربع نسوة يجمع بينهن المرأة وعمتها والمرأة وخالتها (٩٧/٦) في سنن النساء .

٥٧٤٧ - ومن اصحاب الظاهر من قال يجوز الجمع .

٥٧٤٨ - وهو مذهب الخوارج .

٥٧٤٩ - وللصحيح عند الفقهاء هو المنع .

٥٧٥٠ - والقاعدة عندنا ان كل امرأتين لو كان واحد منهن رجلاً لم يجوز ان

يتزوج بالآخرى فان الجمع بينهما لا يجوز .

فصل

لا يجمع بين أكثر من أربع حرائر

٥٧٥١ - واجمع علماء الأقطار على أن لا يجمع بين أكثر من أربع حرائر

لان النسبي (ص) لفرق بين غيلان وبين ما زاد على أربع

نسوة (١) .

٥٧٥٢ - وقال من لا يمتد بخلافه يجوز ذلك الى تسع ، وهذا خلاف

السنة المروية .

(١) في الموطأ برواية محمد بن الحسن الشيباني : قال رسول الله لرجل من

ثقيف اسلم وكان عنده عشر نسوة : « امسك اربعاً ابتهن شاء » ،

ويفارق ما بقى ، واما ابو حنيفة فقال : نكاح الاربع الاول جائز ،

ونكاح ما بقى منهن باطل ، وهو قول ابراهيم النخعي . (الموطأ

ص ١٧٨ الرقم ٥٣٠) وانظر ترجمة غيلان بن سلمة في اسد

القابة ١٧٢/٤ .

فصل

تزوج امرأة في عدة أختها

٥٧٥٣ - وإذا تزوج امرأة في عدة أختها أو أربعاً سواها فالنكاح جائز عند الشافعي إذا كان الطلاق بائناً ، وإن كان رجعياً لم يجز .

٥٧٥٤ - وقال أصحابنا لا يجوز في الفصلين لأن العدة كالنكاح في حق الزوجة فكان النكاح في حق الزوج كالطلاق الرجعي لأنه يجمع ماله في رحم أختين وهذا لا يجوز .

٥٧٥٥ - وإن قال أخبرني باللفظاء عدتها جاز أن يتزوج بأختها أو أربع سواها عند أبي حنيفة وصاحبيه .

٥٧٥٦ - وقال زفر لا يجوز له ذلك وإن كانت قالت ذلك في وقت لا يمكن انقضاء العدة (فيه) لم يجز في قولهم جميعاً .

فصل

نكاح المشتركة والوثنية إلخ

٥٧٥٧ - ولا يجوز نكاح مشتركة ولا وثنية ولا مجوسية ولا مرتدة بنكاح ولا ملك يمين .

٥٧٥٨ - وفي المجوسية خلاف أبي ثور وهو شاذ من الفقهاء (١)

(١) في مذهب الشيعة الإمامية الاثنا عشرية قول بجواز نكاح المجوسية وإن يكن التحريم هو أشهر الروايتين عندهم (شمرائع الاسلام للمحقق الحلبي ١٩/٢) .

فصل

نكاح الكتابيات

- ٥٧٥٩ - ويجوز نكاح الكتابية نصرانية كانت أو يهودية .
٥٧٦٠ - ومنهم من قال لا يجوز (١) .
وقال الشافعي لا يجوز الا نكاح الامرائليات وحدهن ، فخص
العموم بغير دلالة ، وسوى بن الجمع في اباحة الطعام .
٥٧٦١ - ويجوز وطء الأمة الكتابية بملك اليمين والنكاح .
٥٧٦٢ - وقال الشافعي يجوز بملك اليمين ولا يجوز في النكاح ، وسوى
الجميع بن المسلمة في النكاح والملك وبين الوثنية في النكاح والملك
اله لا يجوز ، وفرق هو في الكتابية .

فصل

الجمع بين حرة وأمة

- ٥٧٦٣ - واجمع الفقهاء المشهورون انه لا يجوز الجمع بين حرة وأمة في
عقد للنكاح ، وانه اذا فعل ذلك بطل نكاح الأمة .
٥٧٦٤ - وقال سواد منهم يجوز الجمع كما يجوز في الحرائر لأن كل واحد
يجوز في حالة الانفراد .

(١) في شرائع الاسلام ان مثل هذا الخلاف وارد في فقه الامامية فقد
جاء فيه ، في تحريم الكتابية من اليهود والنصارى روايتان اشهرها
المنع في النكاح للدائم (١٩/٢) .

٥٧٦٥ - وقال الشافعي اذا جمع بينهما بطل العقد في الحرية ايضاً ، وعندنا لا يبطل في الحرية .

٥٧٦٦ - لأنه لا يجوز ادخالها على الأمة .

فصل

زواج الأمة

٥٧٦٧ - ويجوز تزوج الأمة وان كان قادراً على تزوج حرة .

٧٥٦٨ - وقال الشافعي لا يجوز الا بشرطين عدم طول (١) حرة وخوف العنت ، (٢) لأن الله شرط ذلك .

٥٧٦٩ - وعندنا الآية على بيان الاولى ولهذا شرطان لا تكون ذات محدن (٣) ولا مسافحة .

(١) الطول القدرة على المهر وقوله تعالى « ذي الطول لا اله الا هو ، أي ذي القدرة ، وقيل الطول الغنى والطول الفضل (لسان العرب) .

(٢) العنت : دخول المشقة على اللسان ولقاء الشدة ، يقال اعنت فلان فلاناً ، اذا ادخل عليه هتأ أي مشقة . قال ابن الاثير : العنت المشقة والفساد والهلاك والأثم والغلط والخطأ والزنا ، كل ذلك قد جاء واطلق العنت عليه (لسان العرب) .

(٣) في لسان العرب المحدن الصديق ، وخدن الجارية محدثها ، وكانوا في الجاهلية لا يمتنعون من خدن يحدث الجارية فجاء الاسلام يهدمه ، والمخادلة المصاحبة .

٥٧٧٠ - والطول عندنا ان تكون تحت الحرية لأنه بذلك تحصل القدرة .

فصل

الجمع بين أربع من الأماء

٥٧٧١ - ويجوز ان يجمع الحر بين أربع من الأماء .

٥٧٧٢ - وعنده لا يجوز وان وجد الشرط .

فصل

تزوج الحرية على الأمة

٥٧٧٣ - ويجوز ان يتزوج حرية على أمة ، وقال ابن عباس اذا فعل ذلك

بطل نكاح الأمة .

٥٧٧٤ - ولا فرق عندنا بين الحر والعبد في ذلك .

٥٧٧٥ - وقال الشافعي للعبد ان يجمع بين أمتين وبين حرية وأمة .

٥٧٧٦ - ولو كان في العبد لكان في الحر اجوز

فصل

إذن المولى للعبد في الزواج

٥٧٧٧ - ولا يتزوج العبد بغير إذن مولاه .

٥٧٧٨ - وقال مالك يجوز ، وهو قول اهل الظاهر .

٥٧٧٩ - لان العبد مملوك كالأمة .

فصل

لا يجمع العبد بين أربعة

٥٧٨٠ - ولا يجوز له (للعبد) ان يجمع بين أربعة (وقال مالك رحمه الله
يجوز) (١) .

٥٧٨١ - لانه الاصل من الحر في الاباحة ، ولا يملك ما زاد على اثنين لانه
بنصف ما يجوز للحر مما يقبل ذلك .

فصل

إجبار الأرقاء على الزواج

٥٧٨٢ - ويجوز اجبار الأرقاء كلهم على الفكاك الا المكاتبين الصغار
والكبار .

٥٧٨٣ - وقال الشافعي لا يجوز اجبار العبد ويجوز اجبار الامة .

٥٧٨٤ - وفي الصغير وجهان لم .

٥٧٨٥ - لان العقد في حق المولى يقع حكمه لا فيما يملكه العبد فهو كالامة

٥٧٨٦ - وقد روى الطحاوي في المختصر في العبد مثل قول الشافعي (رحمه

الله) (٢) .

(١) ما بين قوسين من نسخة تونس . وانظر بداية المجتهد ٢ / ٢٣ وفيها

« قال مالك في المشهور عنه يجوز له ان ينكح اربعاً ، وبه قال اهل

الظاهر ، وقال ابو حنيفة والشافعي لا يجوز له الجمع الا بين

اثنين فقط » .

(٢) من نسخة تونس .

فصل

إقرار المولى على عبده بالنكاح

- ٥٧٨٧ - ولو أقر المولى على عبده بالنكاح لم يجز عند أبي حنيفة .
- ٥٧٨٨ - وجاز عند أبي يوسف ومحمد ، سوى بين العبد والامة ، وفرق هو في ذلك .
- ٥٧٩٩ - وقد روى عن أبي حنيفة مثل قولهما ، وروى عنه انه قال في العبد يقبل وفي الامة لا يقبل لانه فرج ، حكى الرواية ابو الليث في خلافة لاصحابنا .
- ٥٧٩٠ - وافقت الرواية عنه ان المولى لا يقبل اقراره في الصغير والصغيرة ويقبل عقده .
- ٥٧٩١ - وكذلك وكيل المرأة (١) والزوج لا يقبل اقراره عنده ،
- ٧٥٩٢ - وقال ابو يوسف ومحمد يقبل الجميع .

فصل

حكم من ذهب بكارتها في الإذن

- ٥٧٩٣ - وقالوا : لو ذهب بكاراة الحرة بطول الزمان او رتبة فهي بحكم البكر في المكوث انه اذن منها ، ولو ذهب بما يجب به المهر فهي ثيب في الاذن
- ٥٧٩٤ - واختلفوا في الزنا فقال ابو حنيفة هي كالبكر .
- ٥٧٩٥ - وقال ابو يوسف ومحمد هي كالثيب ، وهو قول الشافعي :

(١) في نسخة تونس (الوكيل) بدلا من (وكيل المرأة) .

٥٧٩٦ - لان هذا وطء ولا يتعلق به حكم من احكام النكاح .

فصل

إجبار الأمة في عيوب الزوج

٥٧٩٧ - وان زوج أمته من ابرص او مجذوم فلاخير لها عندنا ؛

٥٧٩٨ - وقال الشافعي لها الخيار .

وان وجدته مجنولاً او عنيتاً فالخير الى المولى عند أبي حنيفة - وزفر

ولاخير لها ،

٥٨٩٩ - وقال أبو يوسف والخيار لها دون المولى ؟

فصل

تزوجت على أنها حرة

٥٨٠٠ - ولو تزوجت على أنها حرة فالأمة هي أمة فالنكاح باطل ولا يجوز

إلا ان يجهزه المستحق .

٥٨٠١ - وما ولدت قبل ذلك فهو حر ، وعلى الزوج قيمة ما هو حي من

الأولاد دون الميت ، ويرجع به على الغار له كائنا من كان فإن كانت

هي التي غرت رجع عليها بعد العتق .

فصل

شرط في النكاح على أنه حر إلخ . .

٥٨٠٢ - واذا شرط في النكاح انه حر ، فكان عبداً قد أذن له مولاه ، او

من عشيرة فكان من غيرها أو بكراً وكانت ثيباً ، أو وجد بخلاف
ما شرط فالنكاح جائز .

٥٨٠٣ - وقال الشافعي وهو باطل في أحد قوليه لأن المعتقد عليه ليس هو
عين الزوج (١) عندنا .

فصل

إجبار أم الولد والمكاتبة على النكاح

٥٨٠٤ - ويجوز إجبار أم الولد على النكاح .

٥٨٠٥ - وقال الشافعي لا يجوز .

واتفقوا على أنه لا يجوز في المكاتبة .

فصل

تزوج أخت أم ولده في عدتها منه

٥٨٠٦ - ولا يجوز أن يتزوج أخت أم ولده في عدتها منه من العتق .

٥٨٠٧ - وقال الشافعي يجوز لأن عدتها أقوى من فراشها لأنه لا يملك أن
ينقله إلى غيره .

فصل

إعفاف العبد والأب

٥٨٠٨ - ولا يجب على المولى إعفاف عبده ، ولا يجوز على الابن
إعفاف الأب .

(١) في نسخة تونس (المزوج) .

٥٨٠٩ - وقال الشافعي يجب في ذلك ولا يجب في الام والأبن بإجماع .

فصل

من له أب في الإسلام

٥٨١٠ - ومن له أب في الإسلام فقير كفوء لمق له آباء ،

٥٨١١ - وقال الشافعي هما سواء في الكفاءة (١) .

فصل

تزوج الأب جارية الإبن ..

٥٨١٢ - ويجوز للأب ان يتزوج جارية ابنه .

٥٨١٣ - وقال الشافعي لا يجوز .

٥٨١٤ - واتفقوا على ان المولى لا يجوز ان يتزوج بجارية المكاتب ، ويجوز

للمكاتب ان يتزوج بجارية المولى ؛

٥٨١٥ - وان زوج ابنه من مكاتبته او بنته من مكاتبته ثم مات لم ينفسخ

النكاح عندنا (٢) .

٥٨١٦ - وقال الشافعي ينفسخ لانه لا يجوز في هذه الحالة عقده .

٥٨١٧ - وقد يجوز ان يمتى النكاح في حال لا يجوز ان يبدأ كنكاح الامة

اذا تزوج حرة وكما لو قدر على نكاح حرة بعد الامة .

(١) لم يرد هذا البند في نسخة تونس .

(٢) لم يرد هذا البند والبند الاربعة اللاحقة عليه في نسخة تونس .

فصل

المكاتب يشتري زوجته

٥٨١٨ - والمكاتب اذا اشترى زوجته والمأذون له في التجارة لم يبطل النكاح .

٥٨١٩ - وقال الشافعي يبطل . والعلة في الجميع انه ما ملك به الزوجة ملكاً تاماً .

فصل

العزل عن الزوجة الأمة

٥٨٢٠ - واذا عزل عن الزوجة الأمة فالأذن الى المولى عند ابني حنيفة ومهد .

٥٨٢١ - وقال ابو يوسف اليها .

٥٨٢٢ - وقال الشافعي بعزل بغير اذن احد .

٥٨٢٣ - لان الحق لاولى في الولد فهو كالحرية في حق الإذن .

فصل

أعتقت تحت عبد أو حر

٥٨٢٤ - واذا اعتقت (١) تحت عبد أو حر فلهما الخيار في فسخ النكاح والبقاء عليه .

٥٨٢٥ - وقال مالك والشافعي لاخيار لها ان كان حراً ولها في العبد الخيار (٢) .

(١) في نسخة تونس : (والامة اذا اعتقت) .

(٢) في نسخة تونس زيادة (في احد قوايه وفي الآخر النكاح باطل وان

كان الحمل منها) .

٥٨٢٦ - وقال او تزوجت حرة رجلا على انه حر فكان عبداً او عبداً فكان
حرّاً ان لها الخيار في احد قوليه ، وفي الآخر النكاح باطل وان كان
اكل منها .

فصل

بيع الأمة المزوجة

- ٥٨٢٧ - ويبيع الأمة المزوجة جائز والنكاح باق .
٥٨٢٨ - وقال ابن عباس والاعمش بيع الأمة طلاقها .
٥٨٢٩ - ولو بطل النكاح لماخير رسول الله صلى الله عليه وسلم (بريرة) (١)
في النكاح .
٥٨٣٠ - وان اختارت وهي معتدة زوجها او الفرقه صح خيارها ، خلاف
الشافعي لا يصح .

فصل

مكاتبة تزوجت بإذن المولى

- ٥٨٣١ - والمكاتبة اذا تزوجت بإذن المولى ثم اعتقت بالاداء او العتاق من
سبدها ، فلها الخيار لان العقد تم عليها ، وهي لا تملك نفسها .
٥٨٣٢ - وقال زفر لا خيار .
٥٨٣٣ - واتفق اصحابنا على ان الأمة او تزوجت بغير اذن المولى ان النكاح
موقوف على اجازته ، فان اعتقت جاز النكاح ولا خيار لها .

(١) ما بين قوسين من نسخة تونس .

فصل

انتقال الإجازة

٥٨٣٤ - والاجازة يجوز ان تقف على واحد وتنقل الى آخر عندنا ، وقال زفر لا يجوز لأن الخيار لا يورث .

فصل

ما يدخل تحت إذن المولى بالتزوج

٥٨٣٥ - والمولى اذا اذن لعبد بالتزوج ، دخل في اذنه الصحيح من المباح والفاقد عند أبي حنيفة .

٥٨٣٦ - وقال أبو يوسف ومحمد لا يدخل الفاسد في الاذن .

فصل

للمكاتب تزويج الأمة . . إلخ

٥٨٣٧ - والمكاتب يزوج الأمة دون العبد وكذلك أبو الصبي والصبي المأذون والمضارب ، وقال أبو يوسف يجوز الجميع اذا كان من التجارة وللصبي ، وقد روي عن أبي حنيفة حكاه ابن كاس في الخلاف (١) .

فصل

النكاح المقترن بشرط والمعلق عليه

٥٨٣٨ - واذا تزوج بشرط صبح للنكاح وبطل الشرط .

(١) في نسخة قليج : الخصال .

٥٨٣٩ - وقال الشافعي يبطل النكاح .

٥٨٤٠ - وانفقوا على انه لو طلق او اعتق وشرط الخيار ، انه يصح ويبطل الشرط .

فصل

تعليق طلاقها على النكاح

٥٨٤١ - ولو قال لها : اذا تزوجتك ودخلت فانت طائى صح النكاح ووقع الطلاق عند وجود الشرط .

٥٨٤٢ - وقال الشافعي لا يصح النكاح ، ولا تحل لزوجها الأول .

٥٨٤٣ - وقال محمد يصح النكاح ولا تحل للأول .

٥٨٤٤ - ويقول الشافعي في البطلان قال ابو يوسف اذا شرط تحايلها الأول لأن الشروط الفاسدة لا تفسد النكاح ، كما لو شرط ان لا يسافر بها .

فصل

الحرمة بالزنا

٥٨٤٥ - ومن زنا بإمرأة حرمت عليه امها وبناتها .

٥٨٤٦ - والزنا يوجب تحريم المصاهرة كالوطء بشبهه (١) .

٥٨٤٧ - وقال ابو يوسف لا يوجب تحريم المصاهرة .

(١) في نسخة تونس (بين المتعاقدين) بدلا من (كالوطء يشبهه) وهو غلط .

فصل

٥٨٤٨ - واتفق الجميع على ان المقد الفاسد لا يوجب حرمة المصاهرة بين المتعاقدين (١) .

فصل

٥٨٤٩ - وكذلك قال اصحابنا في اللمس بشهوة والنظر الى الفرج (انه) (٢) يوجب التحريم .

٥٨٥٠ - وللشافعي قولان فيما عدا الوطء .

٥٨٥١ - واتفق الجميع على انه لو كان لغير شهوة لما اوجب التحريم لانه مباح لغير الزوج .

فصل

البنت من الزنا

٥٨٥٢ - وبنته من الزنا لا يحق له نكاحها .

٥٨٥٣ - وقال الشافعي يحل له ان يتزوجها .

٥٨٥٤ - ولهم في بنت الملاءنة وجهان .

فصل

الإبن من الزنا لا ينكح أمه

٥٨٥٥ - واتفق الجميع على ان الابن من الزنا لا ينكح امه ولا سائر من يحرم على الولد الحلال .

(١) لم يرد هذا البند في نسخة تونس .

(٢) من نسخة تونس .

فصل

أقر أن زوجته بنته

٥٨٥٦ - وقالوا : لو أقر رجل أن زوجته بنته أو اخته أنها تحرم عليه ولا يثبت النسب منه ، ولا فرق بين من هي معروفة النسب أو مجهولة (١) ؟

فصل

نكاح الزانية الحامل

٥٨٥٧ - والزانية الحامل يجوز نكاحها ولا يبطأها الزوج حتى تضع (٢) .
٥٨٥٨ - وقال أبو يوسف النكاح باطل .
٥٨٥٩ - وقال الشافعي النكاح جائز ويطأها مع الحمل ،

(١) في هامش نسخة (ق) تعليق على هذا الفصل حيث جاء : أقول الذي في كتب الفقه أن امرأة الرجل (أن كان) لها نسب معروف لا يفرق بينهما وإن كان يولد مثلها لمثله ولم يكن لها نسب معروف فلو قال بعده وهمت أو الخطأت أو غلطت أو نسيت صدق ، وأو ثبت على إقراره وقال هو حق كما قلت أو أشهد عليه شهوداً فرق بينهما ، فإن جحد بعد ذلك لا ينفع جحوده ، ثم إن كان يولد مثلها لمثله وأقرت المرأة أنها بنته ثبت النسب وإن كان لا يولد مثلها لمثله لا يثبت النسب ويفرق بينهما ، ولم أر في هذا خلافاً « أ ه » .

(٢) انظر المحلى ٢٧/١٠ بند ١٨٧٣ .

٥٨٦٠ - ولو جال وطء الحامل لغير من الحمل من جهته انكالت المرأة اذا وطئت وهي نائمة ولا تعرف الواطئ ان يطأها زوجها .

فصل

٥٨٦١ - والوطء في الموضع المكروه حرام في ملك اليمين والنكاح .

٥٨٦٢ - وقال المزني في المختصر : قال الشافعي ذهب بعض اصحابنا الى تحليله واخرون الى تحريمه (١) .

٥٨٦٣ - وقد حكى في الخلاف عن مالك (٢) وهو مذهب الشيعة من الإمامية (٣) وفيه آثار وفي منعه لظن وقياس .

٥٨٦٤ - وقد روي عن ابن عمر اباحة ذلك ، وروي عنه خلافه .

(١) وفيه ايضاً فلسف اړخص فيه بل انهى عنه ، فأما التلذذ بغير ايلاج بين الأليتين فلا بأس به ، وان اصابها في الدبر ولم يحسنها وينهاه الامام فان عااد عززه ، فان كان في زنا حده (مختصر المرئي ص ١٧٢) .

(٢) انكرت متون المالكية نسبة هذا القول للشافعي الى مالك (انظر اسهل المدارك ١٣٠/٢ - ١٣) .

(٣) اما في مذهب الامامية الاثنا عشرية فقد جاء في شرائع الاسلام للمحقق الحلي :

« الوطء » في الدبر ، فيه روايتان احدها الجواز وهو المشهور بين الأصحاب ، لكن على كراهية شديدة .

ومن هذا يفهم ان قول السمناني « وهو مذهب الشيعة الخ » . غير دقيق لان فيه تفصيلاً وروايتين . فالاطلاق غير صحيح .

فصل

الإحرام لا يمنع عقد النكاح

- ٥٨٦٥ - والاحرام لا يمنع العقد في النكاح كما لا يمنع الشراء للأمة ولا يعقد على ولده الغيرة ، وقال الشافعي لا يزوج ولا يتزوج .
- ٥٨٦٦ - واجاز ان يراجع في الاحرام .
- ٥٨٦٧ - ومن اصحابه من قال لا يكون شاهدا فيه ايضاً .
- ٥٨٦٨ - ولو كان الإحرام يمنع العقد لا بطل النكاح كالمالك والكفر ولو كان سائر العبادات مثل الحج لأن الوطء في جميع ذلك حرام ، والعقد مباح كذلك الحج .

فصل

نكاح الكافر

- ٥٨٦٩ - ونكاح الكافر جائز كما يجوز نكاح المسلم فيما يجوز نكاح المسلم فيه .

فصل

- ٥٨٧٠ - واذا أسلم ونحوه أكثر من أربع نسوة او اختين فإنه يمسك الأولى وتحرم الثانية ولا يختار احدهما ولا اربعاً اذا وقع عليهن معاً (١) .

(١) ما ذكره السميناني هو قول أبي حنيفة والثوري وابن أبي ليلى وبخلاف ذلك ذهب مالك والشافعي وأحمد وداود (هداية المجتهد لابن رشد ٢ / ٤٠) .

٥٨٧١ - وقال محمد والشافعي بخيار اربعاً مما زاد واحد في الاختين .

٥٨٧٢ - ولو تزوج بشرط متعة الى اجل لم يجهز عنده (١) .

٥٨٧٣ - وقال لو تزوج امرأة وبنتها ودخل بهما لم يختر في ذلك فلم يضمن على اصله في الباب (٢) .

(١) جاء في بداية المجتهد (٤٧/٣) في صدد نكاح المتعة « انه نواثر الاختيار عن رسول الله (ص) بتحريمه الا انها اختلفت في الوقت الذي وقع فيه التحريم . واكثر الصحابة وجميع فقهاء الامصار على تحريمها ، واشتهر عن ابن عباس تحليلها ، وتبع ابن عباس على القول بها اصحابه من اهل مكة واهل اليمن ، ورووا ان ابن عباس كان يخرج لذلك بقوله (فما استمتعتم به منهن ، فآتوهن اجورهن فريضة ، ولا جناح عليكم) وفي حرف عنه : الى اجل مسمى . ثم لهي عنها عمر الناس .

ونكاح المتعة جائز في فقه الامامية الاثنا عشرية ويسمى عندهم ايضاً النكاح المنقطع وبشروط فيه عندهم المهر خاصة والاجل فلو لم يذكره انعقد دائماً ويجوز عندهم ان يقتصر على بعض يوم بشرط ان يقرنه بغاية معلومة كالزوال والغروب . وللبالغة الرشيدة ان تمنع نفسها وليس لوليها اعتراض بكرراً كانت او ثيباً على الأشهر عندهم ، ولا يقع بها طلاق وتبين بانقضاء المدة ، ولا يشترط بهذا العقد ميراث الزوجين شرطاً سقوطه او اطلاقاً (انظر تفصيل ذلك في شرائع الاسلام (٢٣/٢ - ٢٦) ولم يرد في القانون المدني الايراني تحريم لزواج المتعة بل ورد في المادة (٩٩٣) منه وجوب تسجيل الزواج المنقطع في سجل الاحوال شأنه في ذلك شأن الزواج الدائم =

فصل

هجرة أحدهما إلى دار الإسلام

- ٥٨٧٤ - وإذا هاجر أحد الزوجين إلى دار الإسلام مسلماً أو ذمياً وقعت
الفرقة بينه وبين الآخر .
- ٥٨٧٥ - وقال الشافعي لا نفق ، ويقف على مضي العدة وإن كانت مدخولاً
بها ، وإن لم يدخل بها وقعت الفرقة .
- ٥٨٧٦ - وإن كانت المهاجرة امرأة فلا عدة عليها عند أبي حنيفة ، ولها
أن تزوج .
- ٥٨٧٧ - وقال عليها العدة .
- ٥٨٧٨ - وهو قول الشافعي .
- ٥٨٧٩ - واختلفت الرواية في الحامل المهاجرة هل لها أن تزوج عند
أبي حنيفة .

فصل

الفرقة بالردة

- ٥٨٨٠ - وإذا ارتد أحد الزوجين وقعت الفرقة بينهما ، ولا فرق بين أن
يدخل بها أو لا يدخل .

وورد في المادة (١٠٧٥) منه أن النكاح الوفي منقطع ويكون للعدة
المعينة كما ورد في المادة (١٠٧٦) أن مدة النكاح المنقطع يجب أن
تعيين تعييناً كاملاً .

(٢) لم يرد هذا البند والبنود الستة اللاحقة عليه في نسخة تونس .

٥٨٨١ - وقال الشافعي ان كان دخل بها لم تقح حتى تمضي ثلاث حيض

فأيهما عاد قبل انقضاء العدة فهما على النكاح .

٥٨٨٢ - وان ارتدا معاً فهما على النكاح استحساناً .

٥٨٨٣ - والقياس ان الفرقة تقح ، وهو قول زفر .

٥٨٨٤ - اما الشافعي فمضى على اصله في اعتبار العدة في المدخول بها .

فصل

إسلام أحد الزوجين

٥٨٨٥ - واذا اسلم احد الذميين عرض على الآخر الاسلام ، فإن اسلم فهو

على النكاح وان ابي ففرق بينهما ، وان كالت في دار الحرب
وقفت على ثلاث حيض .

٥٨٨٦ - وقال الشافعي حكم الاسلام حكم الردة في الفرقة ، ولا يعرض
على الآخر الاسلام .

فصل

يهود النصراني وتنصر اليهودي

٥٨٨٧ - وان يهود النصراني او تنصر اليهودي فهما على النكاح ، ولا يقتل
ولا يرد الى دينه الأول لأنه يقر على الثاني ابتداء .

٥٨٨٨ - وقال الشافعي يرد الى دينه الأول او الاسلام وتقع الفرقة بينهما
وبين زوجته وان امتنع قتل عنده .

فصل

العيوب^(١)

- ٥٨٨٩ - والنكاح لا يفسخ بشي من العيوب الموجودة بأحد الزوجين .
- ٥٨٩٠ - وقال القاضي بفسخ بثلاث عيوب يغتفر فيها الرجل والمرأة وهي :
- الجنون والجلد والبرص ، والقرن والرتق في الزوجة والجب والعنة في الزوج (٢)

(١) اجاز قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٨٥٩ للزوجة ان تطلب التفريق اذا اطلعت بعد العقد ان الزوج مبتلى بعملة لا يمكن معها معاشرته بلا ضرر كالجلد والبرص والمل والزهرى والجنون (م / ٤٤) او اصيب اخيراً بعملة من هذه المل . وجعلت الفقرة (٣) من المادة المذكورة للمحكمة ان تؤجل التفريق حتى زوال العلة وللزوجة ان تمتنع عن الاجتماع بالزوج طيلة مدة التأجيل وعندى ان هذا النص بحاجة الى التعديل بما يحقق لزوجة المصاب بالزهرى والجنون التفريق دون الزامها بانتظار زوال العلة لخطورة هذين المرضين واحتمال ابتلاء الزوجة او هي والأولاد بهما .

(٢) نصت الفقرة (١) من المادة (٤٤) من قانون الأحوال الشخصية العراقي على انه : اذا وجدت الزوجة زوجها عتيماً او مبتلي بما يمنع البناء فلها ان تطلب الى المحكمة التفريق وهذا النص جعل للزوجة طلب التفريق في حالي الجب والعنة ولم يقتصر عليهما بل عم حكمه فجعله ينصرف الى كل ما يمنع البناء بالزوجة وحسناً فعل ،

- ٥٨٩١ - ولا يفسخ بما سوى ذلك من العيوب .
٥٨٩٢ - ولو جاز الفسخ بغيب لكان كل عيب مثله كالبيع (١)
-

(١) اقتصر السمناني على حكم عيوب الزوجين أو أحدهما في المذهبين الحنفي والشافعي . وما رواه عن المذهب الحنفي هو قول أبي حنيفة وأبي يوسف ، وفي مختصر الطحاوي أن مجداً غير رأيه فقام الجنون والبرص على العنة (مختصر الطحاوي ، ص ١٨١ - ١٨٢) . وفي بداية المجتهد (٤٢ / -) قال أبو حنيفة وأصحابه ، والثوري لا يرد المرأة في النكاح إلا بعيين فقط : القرن والرتق ، ولم ترد الإشارة إلى هذا الاستثناء في السمناني ، وقد فصل ابن رشد في بداية المجتهد أقوال سائر الفقهاء في خيار العيوب في النكاح بقوله : (اختلف العلماء في موجب الخيار بالعيوب لكل واحد من الزوجين وذلك في موضعين : أحدهما ، هل يرد بالعيوب أو لا يرد ؟ والموضع الثاني ، إذا قلنا أنه يرد فمن أيها يرد ، وما حكم ذلك ؟ فاما الموضع الأول : فإن مالك والشافعي وأصحابهما قالوا : العيوب توجب الخيار في الرد أو الامساك وقال أهل الظاهر لا توجب خيار الرد والامساك ، وهو قول عمر بن عبدالعزيز . وسبب اختلافهم شيان : أحدهما قول صاحب حجة ، والآخر قياس النكاح في ذلك على البيع .

فاما قول صاحب الوارد في ذلك فهو ما روى عن عمر بن الخطاب أنه قال : أيما رجل تزوج امرأة وبها جنون أو جذام أو برص - وفي بعض الروايات أو قرن - فلها صداقها كاملاً وذلك حرم -

فصل

٥٨٩٣ - والمتولد بين كتابي وجوسي محل لكاحه لانه يقلب الكتاب بأي
الأبوين كان :

- لزوجها على وليها .

واما القياس على البيع فان القائلين بموجب الخيار العيب في النكاح
قالوا : للنكاح في ذلك شبهه بالبيع ، وقال المخالفون لهم ليس شبيهاً
بالبيع لأجماع المسلمين على انه لا يرد النكاح بكل عيب يرد
به البيع .

واما الموضع الثاني في الرد بالعيوب ، فانهم اختلفوا في أي العيوب
يرد بها ، وفي ايها لا يرد ، وفي حكم الرد .

فاتفق مالك والشافعي على ان الرد يكون من اربعة عيوب :
الجنون والجذام والبرص وداء الفرج الذي يمنع الوطء . اما قرن او
رتق في المرأة أو عنة في الرجل أو خصاء ، واختلف اصحاب مالك
في اربع في السواد والقرع وبخر الفرج وبخر الألف ، فقليل ترد
وقيل لا ترد .

لما احكام الرد ، فان القائلين بالرد اتفقوا على ان الزوج اذا علم
بالعيب قبل الدخول طلق ولا شيء عليه .

واختلفوا ان علم بعد الدخول والمسيس :

٥٨٩٤ - وقال الشافعي يغلب الاسلام بأحد الأبوين وفي الكتاب يغلب جهة الأب دون الأم ولا يهل لكاح من ذكره .

فصل

الذميون والغسل من الجنابة والحيض

٥٨٩٥ - ولا يجبر ذمي على غسل من جنابة ولا حيض وقال الشافعي تجبر الذمية على ذلك ان كان زوجها مسلماً .

= فقال مالك : ان كان وليها الذي زوجها ممن يظن به لقربه منها انه عالم بالمعيب مثل الأب والأخ فهو غار ، يرجع عليه الزوج بالصداق وليس يرجع على المرأة بشيء .

وان كان بعيداً رجع الزوج على المرأة بالصداق كله الا ربع دينار فقط .

وقال الشافعي : ان دخل لزمه الصداق كله بالميسر ، ولا رجوع له عليها ولا على وليه ، (بداية المجتهد ٤١/٢ - ٤٢) والظر الفقرة (٢) من المادة ٤٤ من قانون الاحوال الشخصية) .

باب

المحبوب والعنين والخصي واختلافهما

في ذلك

٥٨٩٦ - المحبوب (١) ان تزوج جاز نكاحه ، فان كانت الزوجة تعلم بذلك فلا يحيار لها ، وان كانت جاهلة بالحال - يرت ، ولا يؤجل لأنه لا يرجى له صلاح .

فصل

تأجيل العنين^(٢)

٥٨٩٧ - وان كان عنيناً أجل سنة شمسية ، لا هلالية ، بخلاف الآجال في الدهون والزكاة والدية (٣)

(١) جاء في لسان العرب في مادة (جبب) : الجبب : القطع ، جبه مجببه جبا وجبابا واجتبه وجب خصاه جبا أستاذله ، وخصى محبوب : بين الجباب والمحبوب الخصي الذي قد استؤصل ذكره وخصياه :

(٢) يمكن القول ان تأجيل العنين يمكن العمل به بالرغم من ان الفقرة الاولى من المادة (٤٤) من قانون الاحوال الشخصية لم تشر الى تأجيل =

فصل

الآثار المروية في تأجيله

وقد أجل عمر بن الخطاب العنين سنة ، فان وصل اليها والا فرق .

وقد روى عن علي بن ابي طالب رضي الله عنه انه قال :

ما انا بمفروق بينكما فانلقي الله واصبري .

وأجل عبدالله بن ابي ربيعة عشرة اشهر .

٥٨٩٨ - وكل من اعتبر الأجل اعتبر سنة وهو قول ابراهيم وعطاء والشعبي
وابن المسيب وعبد الملك بن مروان .

= العنين ويؤيد ذلك نص الفقرة الاخيرة من المادة المذكورة وفقرته
بين علة يؤمل (والها) واخرى لا يؤمل فهو مطلق يتصرف الى جميع
الحلل المذكورة مثل ذلك .

(٣) جاء في لسان العرب في مادة (عنن) : العنين : الذي لا يأتي النساء
ولا يريدهن بين العنانة والعنينة والعنينية ، وعنن عن امرأته اذا حكم
القاضي عليه بذلك أو منع عنها بالسحر ، والاسم منه العنة (وهو
من التعنين اي الحبس) كأنه اعترضه ما يحبس عن النساء وامرأة عنيئة
كذلك لا تزيد الرجال ولا تشتهيهم وهو فعيل بمعنى مفعول مثل خريج

فصل

وصل إليها مرة

٥٨٩٩ - وان وصل إليها مرة فلا خيار لها ابداً .

فصل

الفرقة بالعنة طلاق

٥٩٠٠ - ومن ادعت عليه امرأته انه لا يصل إليها ، فان صدقها أجله الحاكم سنة ، فان وصل إليها فهي امرأته ، وان لم يصل إليها فرق بينهما ، وكانت الفرقة طلاقاً لأنها بسبب من جهة الزوج خاصة .

فصل

تفريق القاضي بينهما

٥٩٠١ - ولا تقع الفرقة باختيارها - في يفرق القاضي بينهما في رواية الحسن عن أبي حنيفة (١) .

٥٩٠٢ - وقال أبو يوسف ومحمد عنه تقع باختيارها مادامت في المجلس ، فان قامت أو اعرضت بطل الخيار .

(١) بهذا القول اخذت المادة (٤٤) من قانون الاحوال الشخصية العراقي وحسناً فعلت :

فصل

إدعاء البكر عنة زوجها

٥٩٠٣ - وان كانت بكراً وأدعت ما ذكرناه وكذبها الزوج وأدعى الوصول اليها ، وانها ليست ببكر ، فانا يريها النساء ، فان قلن هي بكر اجله سنة ، فان عادت وقالت : لم يصل الي ، وأدعى الوصول ، اريت النساء ، فان قلن هي بكر خيرها الحاكم ، وان قلن هي ثيب احلفه انه وصل اليها ، وهي امرأته ولاخيار لها وان تكلم خيرها الحاكم .

٥٩٠٤ - وان قال : ما تقدمت اليها بعد الأجل وانما تقدمت اليها قبل ذلك خيرها الحاكم .

فصل

ادعى الوصول إلى الثيب

٥٩٠٥ - وان كانت المرأة ثيباً فادعى الوصول اليها والقول قسوله ، وان اختلفت النساء في الشهادة عليها استظهر بغيرهن ، ويحتسب عليها بأيام الحيض وارقات العسلوات ولا يحتسب ايام المرض اذا لم يمكن معه الجماع ، ولا يحتسب عليه ايام الحيض لها ولا لغيرها ، وان امكنه الوصول في الحيض احتسب بذلك .

فصل

شرح حال العنين في كتاب القاضي

٥٩٠٦ - وينبغي للقاضي ان يشرح الحال ويكتب كتابا وبؤرخ اول المدة .

وان عزل القاضي أو مات قام الثاني مقامه في ذلك ولفرق لأنه بنفسه
حكم من مضى قبله .

فصل

الزيادة في الأجل

٥٩٠٧- وان سألها الزيادة في الأجل ففعلت ثم رجعت في ذلك قبل الحول
أو بعده فلها ذلك لأنها تبرعت بما لم يسلم إليه .

فصل

فرق بينهما ثم تزوجها

٥٩٠٨- وان فرق بينهما ثم عاد الزوج وتزوجها وأدعت العنة ، وقالت انه
وعندي ان يصل الي فلاختيار لها والنكاح لازم لها لانهما علمت
بالعيب ؛

فصل

تزوجها بعد الطلاق

٥٩٠٩ - ولو كان طلقها ثلاثاً وتزوجت به غيره وكانت قد ولدت من الاول
ولداً ثم تزوجها بعد الطلاق الثاني وأدعت عليه العنة يؤجل لأن هذا
نكاح غير الاول ولا يبنى عليه في حكم من الاحكام فهي فيه كمن لم
يتزوجها من قبل في جميع الاحكام والدعاوي .

فصل

يصل إلى غيرها إلخ

- ٥٩١٠ - وإن كان يصل إلى غيرها ولا يصل إليها أجل ولا هبة بغيرها .
٥٩١١ - وإن كان يجامعها فيها دون الفرج زماناً ثم طلبت الوصول وهي بكر
أو ثيب أجل ولا يلعب حقها من اللوط في الفرج :

فصل

زوج الأمة عنين

- ٥٩١٢ - وزوج الأمة إذا كان عنباً فالحبارة إلى المولى عند أبي حنيفة وزفر
فكره الحصاص وأبو الليث :
٥٩١٣ - وقال أبو يوسف لها الحبارة وقد مضت .

فصل

- ٥٩١٤ - وإذا افرق بينهما فهي طالق بائنة لأنها لو كانت رجعية لمسا
الأدات الحكم .

فصل

- ٥٩١٥ - وإن اختارت المقام معه فلا خيار لها إهدأ .

فصل

الاختيار قبل الفرقة

٥٩١٦ - ولها ان تختار قبل فرقة القاضي زوجها ، ولا يثبت لها بعد ذلك خيار .

فصل

جاءت بولد من المجهوب

٥٩١٧ - والمجهوب اذا فرق بينه وبين زوجته ثم جاءت بولد فيما بينها وبين صفتين لزمه الولد ، اذا لم تقر بانقضاء العدة ، وكان عليه المهر كاملاً في قولهم جميعاً ، لأن الولد شاهد بالوصول .

٥٩١٨ - وان فرق بعد الخلوة فعليه المهر كاملاً عند أبي حنيفة وزفر وهو قولها في العنين :

٥٩١٩ - واتفق اصحابنا في العنين ان لها المهر كاملاً :

٥٩٢٠ - واختلفوا في المجهوب .

٥٩٢١ - وهو قول شريح والشعبي وابراهيم وعطاء ومسميد بن المسيب والحسن وعروة بن الزبير .

٥٩٢٢ - وقال طاووس لها نصف المهر .

فصل

عدة امرأة المجهوب

٥٩٢٣ - واتفق اصحابنا ان على امرأة المجهوب العدة .

فصل

استقرار المهر

٥٩٢٤ - وقال الشافعي الخلوة لا تقرر المهر من عنين ولا بمحبوب ولا لملح ولا يستقر المهر الا بالوطء او الموت ،

فصل

لا خيار للرتقاء

٥٩٢٥ - والمرأة اذا كانت رتقاء والزوج مجبواً فلا خيار لها ، والنكاح لازم لها ، لانه لا حق لها في الوطء .

فصل

٥٩٢٦ - وان حلف الزوج والزوجة فقالت هو محبوب ، وقسال الزوج انا فعل ، وقد وصلت اليها ، نظر الى الرجل دونها ، فان كان مجبواً خبرت وان كان يمين امره بالجنس من غير كشف هورة فعل ، وان كان لا يمين كشف عنه ، وقد يجوز ذلك لأجل حق الغير كما يجوز لأجل الحقتان فيمن اسلم كبيراً او كن شهد عليه بالاحصان وادعى الحب فانه ينظر اليه ، كما ينظر الشهود في الزنا الى الفرجين .

فصل

ادعى أنها رتقاء

٥٩٢٧ - وان قالت هو محبوب وقال هي رتقاء نظر اليها النساء ، فان قلن انها رتقاء فلا خيار لها سواء كان الزوج فعلاً او مجبواً .

فصل

تزوج لمدة سنة

٥٩٢٨ - واذا تزوج الرجل مدة سنة او دونها فهو باطل عند ابي حنيفة وصاحبيه .

٥٩٢٩ - وقال زفر النكاح جائز والشرط باطل ، وحكاة شيخنا قاضي القضاة رحمه الله عن حماد بن ابي حنيفة .

٥٩٣٠ - وقال الحسن بن زياد ، ان كانت المدة لا يعيشان اليها فالنكاح جائز وان كان يجوز ان يبلغا ذلك بطل النكاح لانه نكاح مؤبد بقطعه الموت .

باب

دعوى النكاح على الرجل والمرأة

٥٩٣١ - ولو ان اختين ادعت كل واحدة منهما على رجل انه تزوجها قبل اختها واقامت كل واحدة البيّنه بما ادعت فالبينان الى الزوج، والقول قوله في الأول ، فان ابى ان يبين فرق بينه وبينهما وعليه نصف المهر بينهما نصفان ان لم يكن دخل بهما لأن احد النكاحين باطل والآخر قد وقع فيه الفرقة قبل الدخول ، فيجب نصف المهر وقد تساوى في الدهرى فقسم بينهما بالسوية .

فصل

٥٩٣٢ - وعن محمد انه يلزمه مهر كامل بينهما بالسوية لكل واحدة نصف .
٥٩٣٣ وذكر عن ابي يوسف في الاملاء انه لا شيء لواحدة منهما ، لان القضاء بالمجهول لا يصح .

فصل

الكفيل بالمهر

٥٩٣٤ - ولو ان رجلا حضر عند امرأة وقال لها ان زوجك طلقك ومضت العدة وانه امرني ان الزوجك به دفعة اخرى وضمن لها المهر فحضر الزوج وانكر الاذن فلا شيء عليه ، ولا على الكفيل عند ابي يوسف وهو ظاهر المذهب .

وقال زفر على الكفيل المهر باقراره بالكفالة .

فصل

ادعت أنه زوج أختها إلخ . .

٥٩٣٥ - ومن ادعى لكاح امرأة فاقامت البينة انه زوج أختها الغائبة او أمها ، واقام هو البينة عليها بالنكاح فالبينة بينه الزوج ، ويقضي على الحاضرة بالنكاح عند أبي حنيفة .

٥٩٣٦ - وقال أبو يوسف ومحمد تقف البينتان ولا يحكم بشي كمن وكل رجلا يحمل اليد زوجته او أمته فاقامت الزوجة او الأمه بينة انه طلقها ثلاثا او اعتقها فانه يقف الحكم ولا يحكم على الغائب بطلاق ولا عتاق .

٥٩٣٧ - وحكى قاضي القضاة رحمه الله في درس الجامع الكبير عليه ان من اصحابنا من قال بحكم بينة الحاضرة في صحة نكاح الغائبة وابطال نكاح الحاضرة ، ومنهم من قال بحكم بابطال نكاح الحاضرة ولا يحكم بنكاح الغائبة ، ولو شهدوا انه دخل بالأم جازت الشهادة وحكم بابطال نكاح الحاضرة باتفاق .

استدراك

حيث قد تم حصولي على نسخة مصورة اخرى من روضة القضاة
للسماني جلب ميكروفيلهما من دار الكتب الوطنية بتونس فقد وجدت
ضرورة مقابلتها مع ما طبع من هذا الكتاب فرأيت المصراع الجزء الثاني
من المجلد الأول من كتاب روضة القضاة والشروع بالمجلد الثاني بعد تمام هذه
المقابلة التي بدأت بأجزائها من الصفحة (٨٨١) من الجزء الثاني من المجلد
الأول وقد اشرت الى النسخة الجديدة بمهارة نسخة تونس وسأخلق بإذن الله
في آخر المجلد الثاني استدراكا باهم ما سيظهر من زيادات في هذه النسخة
بالنسبة للنسخ السابقة التي تم تحقيق الكتاب عليها مع العلم بان النسخة
التونسية هذه مهمة كل الأهمية لما ورد فيها من اشارة الى مقابلتها مع نسخة
المؤلف نفسه ومع ذلك فالظاهر ان كاتبها تخير جانباً من قواعد روضة
القضاة واهمل جانباً ولعل هذا هو سر اضافة كلمة فتاوى الى اسم الكتاب
في هذه النسخة ويعزى الفضل في حصولي على ميكرو فلم نسخة تونس للسيد
الاستاذ محمود ابن الشيخ المدهي العام لكتابة الدولة للعدل في الجمهورية
التونسية ولدار الكتب الوطنية بتونس فلهما في مزيد الشكر والتقدير .

رَوْضَةُ الْقَضَاءِ وَطَرِيقُ النِّجَاةِ

لِلْعَلَّامَةِ أَبِي الْقَاسِمِ عَلِيِّ بْنِ مُحَمَّدٍ بْنِ أَحْمَدَ الرَّصْبِيِّ السَّمْنَانِيِّ

المتوفى سنة ٥٤٩٩ هـ

حققها وقدم لها وترجم لمصنفها

المُحَاوِي

الدكتور صلاح الدين النّاهي

الاستاذ ورئيس قسم القانون الخاص
في كلية الحقوق بجامعة بغداد (سابقاً)
ورئيس جمعية القانون المقارن العراقية
ورئيس الجمعية العراقية لقوانين التأمين

الجزء الثالث

دار الفوقمة
عمان

مؤسسة الرسالة
بيروت

جميع الحقوق محفوظة
ولا يحق لأيّ جهة أن تطبع أو تعطي حقّ الطبع لأحد
سواء كان مؤسسة رسمية أو أفراداً.

عمان / الأردن / جبل الحسين شارع خالد بن الوليد
ص.ب. ٩٢١٥٣٦ - تلفون: ٩٣٧ - ٦٦٠

للنشر والتوزيع



مؤسسة الرسالة بيروت - شارع سوريا - بناية سمدي وسالحة
هاتف: ٣١٩٠٣٩ - ٨١٥١١٢ ٢٤١٦٩٢ - ٢٩٥٥٠١
ص.ب (٧٤٦٠) برقياً: بيوشران



كتاب الصداق

باب اختلاف الزوجين في النكاح والمهر وما يترتب عليه •

فصل

ادعاء النكاح على منكر أو منكرة

٥٩٣١ - وإذا ادعى الرجل نكاح امرأة أو المرأة نكاح رجل فانكر المدعي عليه منهما ذلك فإن أقام بينة على دعواه حكم له بالزوجة كائناً من كان ، وإن عدم البينة وطلب اليمين فلا يمين على المنكر في قول أبي حنيفة •

٥٩٣٢ - وقال أبو يوسف ومحمد يجب اليمين •

٥٩٣٣ - وهو قول الشافعي ، وقد مضت في الايمان هذه المسألة ونظائرها^(١) على ما يقول أبو حنيفة ويقولان •

فصل

ادعى نكاحها رجلان

٥٩٣٤ - ولو ادعى رجلان نكاح امرأة فانكرت فاقام كل واحد البينة بالزوجة فالبينة باطلة ولا نكاح بينها وبين واحد منها ، وإن كانت في منزل أحدهما فهي له ، وإن وقتا وقتين فهي للاول منهما كانت عنده أو عند الآخر ، وإن أقرت لأحدهما فهي له وعلى الآخر البينة انه تزوجها قبل ذلك والنكاح يخالف البيع ، والمملك (وما يقع فيه الاشتراك)^(٢) •

(١) النظر المثل ، وقيل المثل في كل شيء ، وفلان نظيرك أي مثلك لانه إذا نظر اليهما الناظر يراهما سواء (لسان العرب) •

(٢) ما بين قوسين من نسخة تونس وقد آثرناها على عبارة سائر النسخ التي جاء فيها (فيه ما يصح الاشتراك) •

فصل

القول لمن في المهر

٥٩٣٥ - وإن ادعت المهر أنه ألف ، وقال الزوج خمسمائة فالقول قول المرأة فيما بينها وبين مهر المثل ، والقول قول الزوج فيما زاد على ذلك ولا يتحالفان .

٥٩٣٦ - وقال أبو الحسن يتحالفان في جميع الأحوال بحكم مهر المثل .

٥٩٣٧ - وهو قول الشافعي .

٥٩٣٨ - وقال مالك يتحالفان وينفسخ النكاح بينهما كما قلنا في البيع .

٥٩٣٩ - وقال أبو يوسف القول قول الزوج فيما يقربه إلا أن يأتي بشيء مستنكر ، واختلف عنه في المستنكر فقيل أنه ما كان أقل من عشرة دراهم وقيل أنه أقل من مهر مثل المرأة ، هذا إذا كان النكاح قائماً بين الزوجين ، فإذا كان الخلاف بعد الطلاق فالقول قول الزوج فيما يقربه .

٥٩٤٠ - وقال محمد القول قول المرأة فيما بينها وبين متعة مثلها ، والقول قول الرجل فيما زاد على ذلك إذا كان لم يدخل بها^(١) .

فصل

ما يجوز أن يكون مهراً

٥٩٤١ - والخلاف في المهر يترتب على معرفة ما يجوز أن يكون مهراً وما لا يجوز .

٥٩٤٢ - وجملة القول في هذا أن يكون المهر عند أصحابنا ما لا يقوم في نفسه ، أو ما يستحق به حقاً في مال يجب تسليمه إلى الزوجة .

(١) لم يرد هذا الفصل في نسخة تونس .

٥٩٤٣ - وقال الشافعي يجوز ان يكون غير مال بل منفعة الحر وتعليم القرآن ، وكل ما يجوز ان يستأجر على عمله •

فصل

منفعة البضع

٥٩٤٤ - واتفق الفريقان على ان منفعة البضع لا تكون مهرا ، ولا الطلاق ولا الصلح عن دم العمد وان جاز اخذ العوض فيه •

فصل

٥٩٤٥ - وقال من اجاز ان يكون مهرا لو طلق قبل الدخول وجب نصف مهر المثل ولا يتنصف بالقرآن الطلاق قبل الدخول •

فصل

أقل الصداق

٥٩٤٦ - وقال اصحابنا الصداق مقدر بالاقل ولا يكون اقله اقل من عشرة دراهم أو دينار أو ما قيمته ذلك مما يقوم •

٥٩٤٧ - والمعتبر في القيمة يوم العقد لا عند التسليم والتعذر •

٥٩٤٨ - وقال مالك اقل الصداق ربع دينار ولا يجوز اقل من ذلك •

٥٩٤٩ - وقال الشافعي لا يتعذر اقله ، وما جاز ان يكون بدلا في الاجارة وثمنا في البيع فهو مهر •

فصل

عدد المنكوحات

٥٩٥٠ - واتفقوا على ان اقل العدد في المنكوحات مقدر وان النكاح يخالف البيع في الشرائط ، وان البضع لا يجوز ان يملكه وبطأة الزوج بغير بدل •

فصل

زواج الشغار

٥٩٥١ - وانفقوا على انه لو تزوج امرأة على ان يزوجه الآخر بته أو امته ان التسمية لا تصح واختلفوا في صحة النكاح .

٥٩٥٢ - فقال الشافعي النكاح باطل وهذا هو الشغار .

٥٩٥٣ - وقال اصحابنا يجب لكل امرأة مهر مثلها وتبطل التسمية ويصح النكاح كما لو جعل الطلاق مهرا .

فصل

٥٩٥٤ - ولو سمي لها اقل من عشرة فلها عشرة دراهم ، ولا فرق بين الحرية والامة في ذلك انها تكمل .

٥٩٥٥ - وقال زفر التسمية باطلة ويجب مهر المثل .

٥٩٥٦ - لان الذي سمي لو ضم اليه ما بقي صح ان يكون مهرا ويخالف تسمية الخمر والحر في ذلك .

فصل

ما يثبت مهراً وما لا يثبت

٥٩٥٧ - وجملة ما يثبت مهرا وما لا يثبت ان المسمى اذا كان يقع على اجناس مختلفة او على مقادير مختلفة في الكثرة والقلة ، واللفظ يشمل الجميع ، أو وقع في العقد على ما لا قدر له في اللفظ فالتسمية باطلة ، ويجب مهر المثل . فجهالة الجنس كالداية والثوب ، وجهالة القدر ان يتزوجها على حكمه أو حكمها أو يتزوج على حنطة أو شعير أو موزون لا يذكر قدره .

٥٩٥٨ - وإذا كان المسمى معلوم القدر مجهول الصفة كالعبد والجارية أو برذون أو حمار أو بغل أو ثوب هروى أو مروى فذكر الجنس داخل بالصفة كقفيز خنطة أو شعير فان التسمية تصح عندنا ويجب من ذلك الوسط .

٦٩٥٩ - والاصل في هذا الباب ان كل جهالة كانت اقل من جهالة مهر المثل فهي تثبت في العقد ولا يثبت مهر المثل وان كانت اكثر ثبت مهر المثل ، وكل ما يوجب الوسط فالزوج بالخيار ان شاء اعطاه وان شاء اعطى قيمته .

٥٩٦٠ - وان سمي احد شيئين معينين جاز ذلك وكان الخيار الى الزوج يعطى ايهما شاء عند ابى يوسف ومحمد .

٥٩٦١ - فاما ابو حنيفة فانه ينظر : فان كان مهر مثلها مثل اقلهما قيمة او اقل من ذلك فلها اقلهما قيمة الا ان يرضى الزوج ان يعطى الرافع ، وان كان مهر مثلها مثل الاكثر قيمة أو أكثر فلها اكثرهما قيمة الا ان ترضى المرأة بالادون ، وان كان مهر مثلها ما بين ذلك فلها مهر مثلها .
٥٩٦٢ - وقال الشافعي لا يثبت مهر الا ما يثبت في السلم مسلما فيه ، وكل ما ذكرناه مجهول ويجب عنده مهر المثل .

فصل

تسمية الحيوان

٥٩٦٣ - ولا فرق عندنا في تسمية الحيوان ان وصف او لم يوصف في انه لا يجبر على تسليمه .

٥٩٦٤ - وقال الشافعي يجبر على التسليم .

فصل

قيمة العقد الوسط والبيت الوسط

٥٩٦٥ - وكان ابو حنيفة يجعل قيمة العبد الوسط اربعين دينارا ،

وكذلك اليت الوسط •

٥٩٦٦ - وقلا هذا على قدر الزمان في الغلاء والرخص •

فصل

هلاك المهر واستحقاقه

٥٩٦٧ - واتفق اصحابنا ان المهر اذا كان معينا قتل في يد الزوج انها ترجع على الزوج بقيمته ، وللشافعي قولان احدهما هذا والثاني يجب مهر المثل لأن النكاح لا يبطل بتلف المهر •

٥٩٦٨ - وكذلك الخلاف اذا استحق المهر •

فصل

الغلط في المهر

٥٩٦٩ - وقال ابو حنيفة اذا وجد العبد حرا والخل خمر او الذكية ميتة ، وقد جعل ذلك مهرا فلها مهر المثل عنده •

٥٩٧٠ - وقال ، لو قال على هذا الحر أو هذا الخمر أو هذه الميتة فاذا الحر عبد ، والخمر خل ، والميتة ذكية ، فالمهر هو المشار اليه دون ما سمي ، ان كانت العين حلالا فلها العين ، وان كانت حراما فلها مهر المثل •

٥٩٧١ - وعند ابني يوسف العقد واقع على الحلال منهما ، فان كانت العين حراما وقع العقد على التسمية ، فيكون لها قيمة الشاة والحر ومثل الخمر خلا •

٥٩٧٢ - وعند محمد ان كان المسمى من جنس المشار اليه فالعقد واقع على العين وان كان المشار اليه من غير جنس المسمى وقع العقد على التسمية كان المشار اليه حلالا أو حراما فيكون لها في الحر والميتة مهر المثل ، وفي الخمر مثل كلها خلا •

٥٩٧٣ - وقد روى عنه في الخمر ايضا انه يجب مهر المثل ، رواء
ابن سماعة •

٥٩٧٤ - وروى ابو يوسف عن ابي حنيفة ان لها الخل مع الاشارة •
٥٩٧٥ - وعند الشافعي يجب مهر المثل في الاحوال كلها •

فصل عيب الصداق

٥٩٧٦ - وان كان الصداق من ذوات القيم فوجدت به عيبا لم يرد
باليسير ويرد بالكثير •
٥٩٧٧ - وقال زفر يرد بالعيب اليسير والكثير سواء ، وهو قول
الشافعي •
٥٩٧٨ - واتفق الفريقان انه لو كان من ذوات الامثال رد باليسير
والكثير •

فصل تزوج الذميين على خمر

٥٩٧٩ - واذا تزوج الذمي الذميمة على خمر بعينها أو خنزير بعينه
ثم اسلما او احدهما فان كانت مقبوضة فلا شيء لها وان كانت غير مقبوضة
فلها العين عند ابي حنيفة وان كان ذلك غير معين فلها مهر مثلها في الخنزير
وقيمة العبد عند ابي حنيفة •
٥٩٨٠ - وقال أبو يوسف لها في الجميع مهر المثل ، وهو قول
الشافعي •

٥٩٨١ - وقال محمد لها القيمة في الوجهين •

فصل

مهر المفضاة

٥٩٨٢ - واتفق اصحابنا على ان المفضاة البضع يجب المهر لها بالعقد ،
ويستقر بالموت والدخول ، وقال الشافعي لها المهر بالوطء ولا يجب لها
مهر بالموت •

٥٩٨٣ - ولو لم يجب لها مهر بالعقد لما صح ان تطلب ذلك ، ولو
سقط باسقاطها لم يجب بالوطء كما لو ابرأت منه بعد العقد •

فصل

مهر فرض بعد العقد

٥٩٨٤ - وكل مهر فرض بعد العقد لم يتصف بالطلاق قبل الدخول ،
ولها المتعة •

٥٩٨٥ - وعن ابي يوسف انه يتصف كالمقروض ، وهو قول
الشافعي •

٥٩٨٦ - لانه لم يذكر في العقد صار كما لو لم يسم مهرا •

فصل

تزوج على خمر ثم طلق قبل الدخول

٥٩٨٧ - واذا تزوج على خمر وخنزير ثم طلق قبل الدخول وجبت
المتعة •

٥٩٨٨ - وقال الشافعي يجب مهر المثل •

٥٩٨٩ - لان المسمى اذا لم يصح في العقد سقط حكمه واذا سقط
وجبت المتعة •

فصل

لمن تجب المتعة

- ٥٩٩٠ - ولا تجب المتعة الا المطلقة لم يسم لها مهر قبل الدخول .
- ٥٩٩١ - وقال الشافعي تجب لكل مطلقة الا التي طلقها قبل الدخول ، وقد سمي لها مهرا .
- ٥٩٩٢ - وقال مالك لا تجب المتعة رأسا .
- ٥٩٩٣ - وقال اصحابنا لا تزداد على نصف مهر المثل ، ويجوز ان ينقص منه .

فصل

الزيادة في المهر

- ٥٩٩٤ - وتلحق الزيادة في المهر بعد التسمية ولا تتصف بالطلاق .
- ٥٩٩٥ - وعن ابي يوسف انه يتصف .
- ٥٩٩٦ - وقال زفر والشافعي لا تلحق الزيادة بالعقد بل تكون هبة مبتدأة ان قبضت صحت ولزمت .
- ٥٩٩٧ - واجمعوا انها لو حطت بعض المهر صح حطها ، فكذلك الزيادة كحالة الابتداء .

فصل

قتلت نفسها قبل الدخول

- ٥٩٩٨ - ومن قتلت نفسها قبل الدخول بها من الزوجات لم يسقط مهرها ، وفي الامة روايتان ، وان قتل المولى الأمة سقط المهر ، وقال ابو يوسف ومحمد لا يسقط المهر .
- ٥٩٩٩ - وقال الشافعي يسقط المهر ولا يورث .

٦٠٠٠ - لأن القتل وجد معه ما يجرى مجرى الدخول وهو الموت
فقرر المهر .

فصل

لا حبس في المهر المؤجل

٦٠٠١ - والمهر اذا كان مؤجلاً فليس لها حبس نفسها عند أبي حنيفة
ومحمد والشافعي .

٦٠٠٢ - وقال أبو يوسف لها ذلك .

٦٠٠٣ - لأنه رضى بالتأخير .

فصل

هل لمن سلمت نفسها طوعاً حبس نفسها؟

٦٠٠٤ - وإن سلمت نفسها طوعاً ودخل بها فلها حبس نفسها في
أحدى الروايتين عن أبي حنيفة .

٦٠٠٥ - وقالوا والشافعي ليس لها حبس نفسها بعد ذلك .

٦٠٠٦ - لأن العقد اوجب تقديم المهر على الوطاء ، وهذا قائم في
الثاني والثالث .

فصل

ما يوجب الوطاء في النكاح الفاسد من المهر

٦٠٠٧ - والوطاء في النكاح الفاسد يوجب أقل الأمرين من مهر المثل
والمسمى .

٦٠٠٨ - وقال الشافعي يجب مهر المثل بالما ما بلغ .

٦٠٠٩ - لأن التسمية لها حكم في العقد فلا تلغى .

فصل

الطلاق بعد هبة المهر

- ٦٠١٠ - ومن وهبت مهرها قبل الدخول ثم طلقت لم يرجع عليها الزوج بشيء •
- ٦٠١١ - وقال زفر يرجع عليها بالنصف وهو قول الشافعي •
- ٦٠١٢ - وفي البراءة وجهان لهم •
- ٦٠١٣ - لان التبرع لا يوجب الضمان على المتبرع كما لو استحققت العين الموهوبة بل هذا اقل من ذلك •
- ٦٠١٤ - ولا ترجع هي على الزوج بشيء •
- ٦٠١٥ - وعن زفر انها ترجع بالنصف •

فصل

قبضت مهرها ووهبت

- ٦٠١٦ - وان قبضت ووهبت فكل ما لا يتغابن فانه يجب عليها ضمانه •
- ٦٠١٧ - وكل ما يتعين بالعقد فان زاد او نقص ولم يستحق رده ضمنت ، وما يستحق عليها رده لا ضمان عليها •
- ٦٠١٨ - وان قبضت النصف ووهبت الباقي لم ترجع •
- ٦٠١٩ - وقال ابو حنيفة ترجع بالربع •
- ٦٠٢٠ - وهو احد قولي الشافعي •

فصل

نماء المهر قبل القبض

- ٦٠٢١ - وما حدث من المهر قبل القبض من نماء وولد او ارش

جناية فهو كله مهر ، وقال الشافعي لا يدخل في المهر ، ويكون النماء
للزوجة كله ، ويتصف الاصل بالطلاق •

فصل

نماء المهر بعد القبض

٦٠٢٢ - وان حدث ذلك بعد القبض منع الدخول في الاصل ، وكان
للزوجة قيمة نصف ذلك يوم تتصف •

٦٠٢٣ - وقال الشافعي لا يمنع الفسخ فيه ، كما قال في البيع •

فصل

الكسب لا يدخل في المهر

٦٠٢٤ - والكسب لا يدخل في المهر عند ابي حنيفة •

وقال ابو يوسف ومحمد يدخل ويتصف بالاطلاق لانه ليس من
العين ولا بدل جزء منها ولا اجرى مجرى الجناية عليها فلا يكون لها مهر •

فصل

تزوج المطلقة المدخول بها في العدة

٦٠٢٥ - واذا طلق المدخول بها ثم تزوجها في العدة على مهر مسمى
ثم طلقها فلها مهر كامل ، وعليها عدة مستقبلة عند ابي حنيفة وابي يوسف •

٦٠٢٦ - ومحمد يقول لها نصف المهر وتنام ما بقي من العدة •

٦٠٢٧ - وهو قول الشافعي •

٦٠٢٨ - وقال بشر لها نصف المهر ولا عدة عليها لان الرجعة رفعت
حكم الطلاق •

٦٠٢٩ - وابو حنيفة يجعل الدخول في الاول دخولا في الثاني ،
وهو ظاهر بيني على الاصول •

فصل

أربع نسوة على مهر واحد

٦٠٣٠ - ومن تزوج أربع نسوة على مهر واحد في عقد النكاح فالنكاح صحيح ، والمهر يقسم بينهما على قدر مهر المثل لكل واحدة .

٦٠٣١ - وقال الشافعي لا تصح تسمية المهر ويجب لكل واحدة مهر المثل في احد قوله وكل اصل في هذه المسألة فهو ممنوع عندنا .

فصل

تقادم الصداق

٦٠٣٢ - وكان ابو حنيفة لا يقضى بالصداق اذا تقادم ، واختلف الورثة في قدره لتعذر الوصول اليه^(١) .

٦٠٣٣ - وقال أبو يوسف ومحمد ، اختلاف الورثة كاختلاف الزوجين .

٦٠٣٤ - وهو قول الشافعي ، ويقضى بمهر المثل .

فصل

لكل منهما بينة بالصداق

٦٠٣٥ - واذا اختلفا في الصداق واقام كل واحد بينة بما يدعيه فالبينة بينة المرأة لانها تثبت الزيادة ، وبينة الزوج تنفي ذلك اذا كان ديناً .

فصل

اختلافهما في عمل المهر

٦٠٣٦ - ولو قال الزوج ، المهر هذا العبد ، وقالت المرأة ، المهر هذه

(١) من تطبيقات مبدأ منع سماع الدعوى بمرور الزمان .

الجارية تحالفا ويبدأ اليمين الزوج فان فعل لزمه ما ادعت المرأة ، فاذا تحالفا نظرا الى مهر المثل فان كان اكثر قيمة من الجارية فلها مهر مثلها لا تجاوز به قيمة الجارية ، وان كان مهر مثلها اقل من قيمة العبد كان لها مهر مثلها الا ان تشاء ان تصدق الزوج وتأخذ العبد ، وان كان مهر مثلها مثل قيمة الجارية او اقل وهو اكثر من قيمة العبد فلها مهر مثلها •

٦٠٣٧ - وان طلقها قبل الدخول فلها المتعة الا ان تشاء ان تأخذ نصف العبد •

٦٠٣٨ - قال محمد وهذا قياس قول ابي حنيفة وهو قول محمد ، وكذلك كل عوضين اختلفا فيه •

فصل الينة بينة المرأة

٦٠٣٩ - وان اقاما جميعا الينة فالينة بينة المرأة لانها تثبت ما ادعت على الزوج وما شهدت به بينة الزوج فقد ابرأته منه فلا يكون حقا لها •

فصل

اختلافهما في كمية المهر إن كان طعامه بعينه

٦٠٤٠ - وان اختلفا في طعام بعينه فقالت تزوجتني على انه كرا ، وقال بل على انه كز واحد فهو مثل الخلاف في الالف والالفين ، وكذلك كل ما يكال أو يوزن مثل ذلك لأن القدر معقود عليه •

فصل

ما في تبغيضه ضرر من المهر

٦٠٤١ - وكل شيء في تبغيضه ضرر مثل الاواني التي توزن من الذهب والفضة والنحاس والياب اذا اختلفا في ذرعها فالقول قول الزوج ،

ولا يمين على المرأة لان ما في تبعيضه ضرر يصير صفة في العين والذرع
صفة في الثوب وقد مضى نظائر ذلك في كتاب السبوع وبيناه هناك •

فصل

هلاك ما فيه قول الزوج

٦٠٤٢ - وكل ما كان القول فيه قول الزوج فهلك ثم اختلفا في قيمته
فالقول قول الزوج لان القيمة ليست هي المقود عليه ، والاختلاف فيه
يوجب التحالف ، فيجب ان يكون القول قول الزوج •

فصل

المهر دين أو عرض

٦٠٤٣ - وان كان المهر دينا من غير الدراهم والدنانير من المكيل
والموزون أو عرضا يصح العقد عليه في النكاح واختلفا في جنسه أو صفته
أو ذرعه ، نظر الى مهر المثل ، فان كان مثل ما قال أو اقل فلها ما قال
الزوج •

وان كان اكثر مما قال الزوج أو أقل مما قالت المرأة فلها مهر مثلها •
٦٠٤٤ - قال محمد : وهذا قياس قول ابي حنيفة وسواء ادعت المرأة
دينا أو عينا اذا اقر الزوج بدين غير الدراهم والدنانير •
٦٠٤٥ - وقال محمد : وان طلقها في هذا كله قبل ان يدخل بها
فلها في ذلك كله في قياس قول ابي حنيفة نصف ما قال الزوج ولا يشبه
ما كان دينا فاقر به الزوج ما كان قائما بعينه ، لان ما كان قائما بعينه عرض
من العروض لا يدخل في ملكها •

فصل

العفو عن المهر

٦٠٤٦ - وليس لابي البكر ان يعفو عن المهر •

فصل

من بيده عقدة النكاح

٦٠٤٧ - والذي بيده عقدة النكاح انما هو الزوج وهو تأويل الآية عندنا^(١) .

٦٠٤٨ - وهو قول علي رضي الله عنه .

٦٠٤٩ - وقول الشافعي الجديد .

٦٠٥٠ - وقال مالك هو الولي ، وله ان يعفو عن نصف المهر .

فصل

لأبي البكر قبض مهرها

٦٠٥١ - ولأبي البكر ان يقبض مهرها مع سكوتها من غير نطق اذا كانت بالغة استحساناً .

٦٠٥٢ - وقال زفر لا يقبض الا باذنها له في ذلك .

٦٠٥٣ - وهو قول الشافعي .

٦٠٥٤ - لان عقده النكاح تجوز مع سكوتها مثل الصغيرة وكذلك مسائل الاجداد .

٦٠٥٥ - فاما غيرهم من الاولياء كالعم والاخ فليس لهم قبض المهر لانهم يتصرفون في المال .

٦٠٥٦ - والاب اذا طلب المهر وادعى ان ابنته صغيرة فقال الزوج له ، اقبض وسلم الجارية فانه يؤمر بقبض المهر وتسليم الجارية ، فان قال

(١) اشارة الى قوله تعالى « الا ان يعفون أو يعفو الذي بيده عقدة النكاح » ، البقرة ٢٣٧ .

يطلبها حيث هي لم يدفع اليه المهر لانه بدل عن بضعها فلا بد من تسليم
العوض •

فصل

٦٠٥٧ - وان قال انا اسلم أمير الزوج بتسليم المهر واخذ من الاب
كفيل بتسليم الابنة اليه بعد ذلك ، لان المهر يجب تقديمه على البضع
باتفاق العلماء •

فصل

تسلم الزوجة حيث وقع العقد

٦٠٥٨ - وان قال هي بالبصرة وهناك وقع العقد فانه لا يكلف الأب
حملها ولكن يقال للزوج اطلبها انت هناك ، ويأخذ من الاب كفيلًا بالمهر
حتى يسلم بالبصرة •

فصل

توكيل من يحمل الزوجة إلى زوجها

٦٠٥٩ - وان قال الزوج انا أوكل من يحملها من ذوي رحمها فله
ذلك ، وان كان اجنيا فليس له ذلك ، لانه لا يجوز السفر مع غير ذي زوج
ولا ذي رحم •

فصل

الوكيل بقبض المهر

٦٠٦٠ - ولو كان وكيلًا من جهتها بقبض المهر فهو كالاب يستوثق
منه بالكفيل في قبض المهر •

فصل

لا يقبل مهر الغائبة

٦٠٦١ - واتفق الجميع على انه اذا لم تكن في منزله وهي غائبة

لا يقدر على تسليمها انه ليس له قبض المهر ، وانما يقبض اذا كانت في منزله
وتحت نظره .

٦٠٦٢ - فان كانت غائبة أو خارجة عن منزله لم يدفع المهر حتى
تحضر وتسلم نفسها ، وهذا قول ابي يوسف الذي صار اليه لا يدفع المهر
حتى تحضر .

٦٠٦٣ - وقال غيره ، عليه ان يدفع بشرط التسليم على ما تقدم .

فصل

إثبات المهر عند الحاكم

٦٠٦٤ - واتفق الجميع على ان للوكيل والاب ان يشتا المهر عند الحاكم
ويسجلانه وان لم يحز لهما قبضه حتى تحضر .

فصل

مهر الثيب

٦٠٦٥ - واتفق الجميع على ان الثيب لا يقبض مهرها الا باذنها دون
السكوت ، وابوها في المهر كسائر الاجانب .

فصل

لا بد في ادعاء الزوج الدخول من بيته

٦٠٦٦ - واذا اختلف الاب والزوج فقال الاب بتي بكر وهي في
منزلي ، وقال الزوج قد دخلت بها ، لتسقط المطالبة بقبض المهر فالقول
قول الاب ، لان الاصل عدم الدخول فلا يقبل من الزوج دعواه بغير بيته .
٦٠٦٧ - وان طلب الزوج يمين الاب فلا يمين عليه ، لانه لو اقر لم
يقبل منه عليها .

٦٠٦٨ - وان اقر الاب بذلك لم يكن له ان يطلب المهر منه ويكون

الطلب اليها •

٦٠٦٩ - وان طلب الزوج سؤالها عما ادعاه فان كانت خفزة (مخدرة) ارسل اليها من يسألها من امانته ، ورجلين يعرفانها مع الاب ، فان اقرت بما ادعاه الزوج امرها ان تحضر في منزل الزوج ، وان انكرت فالقول قولها ، وكذلك ان حضرت •

٦٠٧٠ - وهذا قول ابي يوسف ومحمد والشافعي •

٦٠٧١ - وعند ابي حنيفة ليس عليها الحضور وان اقرت حتى تقبض المهر لان لها حق حبسها^(١) بعد الدخول بها حتى تأخذ المهر •

فصل

تحليفها على عدم الدخول

٦٠٧٢ - وله ان يستحلفها انه ما دخل بها ، لانها لو اقرت لزمها عند ابي يوسف ومحمد •

فصل

ادعى رضاها في الدخول

٦٠٧٣ - وان ادعى الرضا في الدخول بها وانكرت ذلك ، فالقول قولها لانها لم ترض بذلك لأنه يدعى سقوط حقها من الحبس ، وهي تنكر ذلك •

فصل

بالخلوة يجب المهر فقط

٦٠٧٤ - وليس له ان يجبرها بعد الخلوة بها ان تسلم نفسها ، لان الخلوة ليست بدخول ولا جماع ، وانما وجب المهر للسنة والائثر في ذلك ،

(١) اي حق حبس نفسها بالمهر •

وهذا لا خلاف فيه بين الجميع •

فصل

حبس الزوج بالمهر

٦٠٧٥ - ولها ان تحبس الزوج بالمهر وقد مضى الخلاف فيما تقدم من الكتاب فيما يحبس به من الدين وما لا يحبس به وكيفية ذلك من اول الكتاب •

فصل

المطالبة بالنفقة في مدة الحبس

٦٠٧٦ - ولها المطالبة في مدة الحبس والمطالبة الى ان تستوفي المهر ، ويفرض ذلك لها القاضي ، لانه حق وجب لها بالنكاح كسائر الحقوق •

فصل

لا تحبس الزوجة مع الزوج

٦٠٧٧ - وان طلب الزوج حبسها معه ، وقال ان لي في الحبس موصفا خاليا فاريد ان تكون معي لم تحبس لان حبسها في الحبس لا يستحقه عليها ، ولكن تكون في منزله لا تخرج ولا تدخل ويكون هو في الحبس •

٦٠٧٨ - وقد كان ينبغي على قول من قال انها ليس لها ان تمتنع بعد الوطء عليه ان الزوج اذا طلبها في الحبس ليطأها انه يجب عليها ذلك ان كان خاليا ، لانهم قالوا : وله في الحبس ان يطأ الزوجة والامة ، ان كان خاليا ، ولا يطأ اذا كان معه غيره •

٦٠٧٩ - وقالوا لا يخرجها من الحبس ليطأ لأن في خروجه فكاكا للحبس عنه ، وهذا لا يجوز^(١) ، وقد مضى ذكر ذلك في باب الحبس من

(١) ينبغي في عصرنا هذا ان يقال بالجواز اذا تعهد بالعودة للحبس ، وكان ممن يوثق بقوله لأن في ذلك تيسيرا عليه في قضاء حاجة طبيعية مباحة له شرعا ، ولان فيه دفع مضار نفسية وخلقية شديدة الوطأة وخيمة العاقبة •

فصل

مطالبة الأب بمهر الصغيرة وبنفقتها

- ٦٠٨٠ - وان كانت الزوجة صغيرة وطلب الاب مهرها فله ذلك ويجبر الزوج على ذلك ان رضي بتأخير حقه من الوطاء •
- ٦٠٨١ - ولو انه طلب النفقة لها فان كانت تصلح للوطء فرض القاضي لها ، وان لم تصلح لم يفرض لها حتى تصلح لذلك لان ذلك في مقابلة التمكين من الوطاء ، والمهر يجب في مقابلة الاباحة للبضع •

فصل

خلاف الأب والزوج حول صلاحها للرجال

- ٦٠٨٢ - ولو قال الزوج انها تصلح للرجال وقال الاب لا تصلح أو سلمت اليه فقال قد دخلت بها وهي تصلح ، وقال الأب قد دخل بها وعقرها وهي لا تصلح فان القاضي يريها النساء الثقات ، فان قلن انها تصلح امره بدفعها اذا دفع المهر ، وان قلن لا تصلح لم يأمر بتسليمها في جميع ما ذكرنا •

فصل

قبض الأب مهر الكبيرة والإنفاق عليها من مال زوجها الصغير

- ٦٠٨٣ - وللأب ان يقبض مهر ابنته الكبيرة البكر اذا كان زوجها صغيرا وكان ابوه قد زوجه •
- ٦٠٨٤ - وينفق على الكبيرة من مال الغلام لانها تصلح للوطء والمعجز من قبل الزوج •

فصل

نفقة البالغة الصغيرة بصلاحها للوطء

- ٦٠٨٥ - وان كانت صغيرة تحت بالغ فلا نفقة لها ولا يفرض حتى

• تصلح للوطء عندنا .

٦٠٨٦ - وللشافعي قولان أحدهما التسوية بين الجميع في إسقاط النفقة والثاني التسوية في الوجوب .

فصل

مهر الثيب الصغيرة

٦٠٨٧ - والثيب الصغيرة كال بكر الصغيرة والكبيرة في حق الأب في قبض المهر ولا خلاف في هذا الفصل .

فصل

اختلاف الأب والزوج في موت الزوجة

٦٠٨٨ - ولو قال الأب للزوج قد ماتت ابنتي وأنا الوارث ، وانت ايها الزوج قسّم الي حقي من الميراث ، وقال الزوج بل هي باقية وانما تريد ان تمنعني حقي بهذا القول ، فان الزوج لا يسلم المهر اليه لانه قد أقر أنه لا ولاية له في القبض لابنته ، وانما يقبل قوله مع قيام الولاية .

٦٠٨٩ - ولو كان الأب قال انها ميتة .

وقال الزوج قد ماتت فلاب ان يقبض المهر ويستوثق منه بالكفيل ، فان سلمها اليه والا رجع عليه الزوج بنصف المهر بالميراث ، وكذلك ان صدقه فيما قال فهو مثل ذلك .

كتاب القسمة

بين النساء في العشرة

٦٠٩٠ - والقسم بين النساء الحرائر واجب سواء مسلمات كن او
كنايات ومسلمات •

٦٠٩١ - فان كن اماء وحدهن فكذلك •

٦٠٩٢ - وان كن اماء وحرائر قسم للحررة يومين وللأمة يوما لتفاضل
الحررة والامة وكون عدتها ازيد من الامة فالقسم مثله •

٦٠٩٣ - وقد روى عن علي بن ابي طالب - رضى الله عنه - انه
- صلى الله عليه وسلم - قال لا تنكح الامة على الحررة وتنكح الحررة على
الامة •

٦٠٩٤ - وللحررة الثلثان من القسمة •

٦٠٩٥ - ولا يقسم في حال السفر وان سافر بعضهم فلا قسم عليه
لمن بقى •

٦٠٩٦ - وقال الشافعي ان كان بقرعة لم يقض ، وان كان بغير قرعة
قضى للباقي ، لانه لا يلزمه ان يسافر بشيء منهم •

٦٠٩٧ - والمريض في القسمة بمنزلة الصحيح اذا كان مقيما في
التسوية في الاقامة عندهن •

٦٠٩٨ - والبكر والتيب في ذلك سواء ، وان كن كلهن ابكارا أو
نبيات فكذلك ، ولا فرق بين ان يتزوجهن معا أو واحدة بعد الاخرى •

٦٠٩٩ - والابتداء والبقاء في ذلك سواء •

٦١٠٠ - وقال الشافعي تفضل البكر سبعة ايام ، والتيب بالخيار ان

شامت أقام عندها سبعا وقضى وأنه شامت خصها بثلاث •

٦١٠١ - والتفضيل ميل وترك للتسوية ، ولو وجب ذلك لكان حالة البقاء مثله كالحررة والامة •

فصل

تنازل إحدى الزوجات عن قسمتها

٦١٠٢ - وان اصطليحن على شيء رضين به فيما يتنهن فهو جائز ، وان رضيت احدهن بان لا قسم لها فهو جائز ، وقد فعلت ذلك سودة^(١) وجعلت يومها لعائشة - رضى الله عنها - فردها النبي (ص) ورد عليها يومها •
٦١٠٣ - وان تركت يومها فلها ان ترجع في ذلك لانها اسقطت حقا لم يجب بعد •

٦١٠٤ - وان طلب الزوجة القسم وهي وحدها فقد قال الطحاوي في المختصر يكون عندها يوما من اربعة ايام وليلة من اربع ، وان كانت امة فيكون لها يوم من سبعة ايام •

٦١٠٥ - وقال غيره اذا لم يكن لها ضرة لم تستحق القسم •

فصل

الشقاق والحكمان

٦١٠٦ - والشقاق اذا وقع بين الزوجين بعث القاضي حكيمين ينظران

(١) جامع مسانيد الامام ١٥٢/٢ وفيه « أبو حنيفة عن الهيثم ان النبي (ص) قال لسودة اعتدى ، فقعدت له على طريق ، وقالت : يا نبي الله راجعني ، فاني قد وهبت يومي في القسم لعائشة ، فراجعها » •

بينهما^(١) .

- ٦١٠٧ - وليس للحكمين ان يطلقا الا ان يجعل اليهما الزوج ذلك .
- ٦١٠٨ - وبه قال الشافعي في الجديد ، وقال في القول الآخر ، اذا رأيا الفرقة وبعوض أو بغير عوض فلهما ذلك ، وان رأى الذي من جهة الزوج الفرقة جاز ولا يحتاج في الطلاق الى رأى الذي من جهة المرأة .
- ٦١٠٩ - ولو جازلهما الفرقة لكان القاضي اولى بذلك .
- ٦١١٠ - ورضى الزوج شرط في اسقاط حقه من البضع .

فصل نثار العرس

- ٦١١١ - وقال اصحابنا ، لا بأس بنثار العرس ولا بأس بأخذه .
- ٦١١٢ - وقال الشافعي احب الى تركه .
- ٦١١٣ - وقد اتفق الجميع على الاباحة [اذ] يجوز ان يثبت لغير معين في الهدي اذا عطب دون محله ، وقد يجوز ان يختلف في حكم الهبة في الاباحة كما يختلف حكم البيع في التفاضل فيجوز في موضع ولا يجوز في آخر .
- ٦١١٤ - وقد ذكرنا حكم الانسان اذا دعى الى طعام غيره ، والقاضي اذا دعى فيما تقدم من الكتاب ، وبينما يحل من ذلك وما يحرم وما يستحب ، وذكرنا الخلاف هناك فيه .

(١) والاصل في ذلك قوله تعالى « وان خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من اهله وحكما من أهلها ، ان يريدوا اصلاحا يوفق الله بينهما (٤/٣٥) وانظر ما قلناه بصدد التحكيم بين الزوجين كتابنا الاسرة والمرأة (ص ٤٦-٤٧) ولقد نظم قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ التحكيم بين الزوجين في المادة (٤٠) منه في صدد التفريق للضرر والشقاق والظاهر من هذه المادة انها اخذت بالرأي القائل بانه لا يجوز للحكمين ان يطلقا وانها سلبت منهما ذلك بصورة مطلقة فقد حصرت الفقرة (٣) من هذه المادة مهمة الحكمين في ان « يجتهدا في اصلاح ، فان تعذر عليهما ذلك رفعا الامر الى القاضي موضحين له الطرف الذي ثبت لهما انه هو المقصر ، دون ان يكون لهما التخليق » .

كتاب الرضاع

وهذا كتاب الرضاع

٦١١٥ - وقد كان الواجب ان نذكر ذلك في الباب الذي يحرم نكاحه وما لا يذكر ، غير ان الناس افردوه عن النكاح فاتبعنا من تقدم في ذلك .

فصل

الآثار المروية في التحريم بالرضاع

٦١١٦ - والاصل في ذلك قوله تعالى : « وامهاتكم اللائي ارضعنكم (واخواتكم من الرضاعة) » (١) .

وقوله عليه السلام : « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب » (٢) .
وقد بنا في ذلك تفسير الآية .

فصل

اللبن لمن

٦١١٧ - وعند اصحابنا ان اللبن لمن يكون للمرأة والرجل جميعا .

٦١١٨ - وهو قول الشافعي ، وعامة الفقهاء ان زوج المرضعة اذا كان اللبن لولده ان الموضع (كذا) لان الاصل ان اللبن يتولد بالوطء وهو من الرجل ، ومن الفقهاء من قال لا يحرم على اولاد الزوج ، وان اللبن للمرأة

(١) النساء ٢٣/٤ .

(٢) سنن أبي داود في الهامش اللاحق . وانظر جامع مسانيد الامام ٩٧/٢ وفيه « ابو حنيفة عن الحكم بن عتيبة عن القاسم بن مخيمرو عن شريح بن هانئ عن علي بن ابي طالب (رض) عن النبي (ص) انه قال : يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب قليله وكثيره » .

خاصة دون الرجل والاول جاءت السنة في ابن ابي القيس^(١) حين قال
النبي (ص) لعائشة - رضي الله عنها - ليلج عليك عمك •

فصل

حرمة الرضيع على اولاد من أرضعته جميعاً

٦١١٩ - والمرأة اذا أرضعت صيياً بلبن ولدها فذلك الصبي المرضع
على اولادها حرام من كان منهم ومن يكون ابداً واخوه حلال لا اولادها
وكذلك اخته •

فصل

مدة الرضاع

٦١٢٠ - واختلف في مدة الرضاع فقال اصحابنا لا يحرم رضاع
الكبير ، وقد كان في الشرع ثابتاً ونسخ ، ومن الناس من قال يحرم ،
والتحريم يحصل بحصول اللبن في الجوف في اي حال كان •

٦١٢١ - واختلف القائلون بانه يختص بمدة فمنهم من قال يحرم قبل
البلوغ ، ولا يحرم بعده •

٦١٢٢ - وقال زفر يحرم في ثلاث سنين ولا يحرم بعدها •

٦١٢٣ - وقال ابو يوسف والشافعي يحرم في الحولين ولا يحرم
بعدها •

(١) في جامع مسانيد الامام (٩٤/٢) « ابو حنيفة والحجاج بن ارطاة
وعبدالله بن شبرمه وشعبة كلهم عن عراك بن مالك عن عائشة (رض) ان
افلح بن ابي القيس استاذن على عائشة فاحتجبت منه ، فقال : انا عمك
اذ رضعت لبن امرأة اخي •

فسألت عائشة رسول الله (ص) عن ذلك فقال صدق افلح ليلج عليك
فانه يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب ، فكانت لا تحتجب منه بعده •
وانظر هذا الحديث في سبيل السلام ٢١٦/٣ •

٦١٢٤ - والآية عامة ، والخبر الثابت مطلق ، والذي روى عنه
- عليه السلام - انه قال لا رضاع بعد فصال .

٦١٢٥ - وقال الله تعالى « وفضاله في عامين »^(١) لا يدل على ان ما زاد
بخلاف ذلك الا من حيث دليل الخطاب ، ولكل وجه فيما قال .

فصل

٦١٢٦ - واختلف في العدد المحرم ، فقال اصحابنا قليل الرضاع
وكثيره سواء في التحريم .

٦١٢٧ - وقال الشافعي لا يحرم الا خمس رضعات فما زاد ، ولا يحرم
بدون ذلك .

٦١٢٨ - وعن ابن الزبير انه لا تحرم المصاة ولا المصتان ويحرم
بالثلاث .

٦١٢٩ - واتفق على ان كل محرم يسيره وكثيره سواء كالخمر
والخزير والميتة والدم والبول والنجاسات وأكل مال الغير^(٢) .

فصل

لبن الميتة

٦١٣٠ - ولا فرق بين لبن الحية والميتة في التحريم عندنا .

٦١٣١ - وقال الشافعي لبن الميتة لا يحرم^(٣) .

٦١٣٢ - وقالوا جميعا لو حلب في اثناء وترك حتى ماتت المرأة وشقي

(١) ٣١/١٤ .

(٢) أي ان اكل مال الغير محرم يسيرا كان ام كثيرا . وهذا اصل
مهم في الكسب دون سبب .

(٣) وهو الراجح عندي لان لبن الميتة فاسد فخالف لبن الحية .

الصبي فانه يحرم لان اللبن لا يموت ولا يحله الموت ، وغاية ما فيه انه
يتنجس بالموت ولو نجس في حال الحياة لكان محرما كالظاهر سواء •

فصل

التسعيط بلبن امرأة

٦١٣٣ - ومن سعط بلبن امرأة فهو رضاع لانه وصل الى جوف
المرضع •

فصل

الحقن بلبن امرأة

٦١٣٤ - وان حقن به صبي فليس برضاع لانه لا ينبت اللحم ولا يقوم
مقام الغذاء في العادة •

فصل

خلط اللبن وطبخه

٦١٣٥ - واللبن اذا خلط بطعام فكان الطعام هو الغالب فليس برضاع ،
وكذلك ان طبخ بالنار •

٦١٣٦ - وهذا قولهم جميعا •

٦١٣٧ - وكذلك اذا خلط بالماء وكان الماء غالبا •

٦١٣٨ - وقال الشافعي يحرم اذا كان فيه قدر خمس رضعات •

٦١٣٩ - وقال في النجاسة في القلتين لا يحرم وان كان قدرا يحرم
منفردا •

٦١٤٠ - وان كان اللبن هو الغالب لا يحرم عند ابي حنيفة •

٦١٤١ - وحرم عندهما وهو قول الشافعي حكى الخلاف عنهما
أبو موسى في المختصر وابو الليث في خلافه^(١) •

(١) اشارة الى مختلف الرواية لأبي الليث السمرقندي •

فصل

خلطه بلبن امرأة أخرى

٦١٤٢ - وان خلط بلبن امرأة أخرى فسقى منه صبي ، فانه يكون ولدهما جميعا ، ولا فرق بين يسير ذلك وكثيرة عند زفر ومحمد بن الحسن .

٦١٤٣ - والنحس لا يغلب النجس .

٦١٤٤ - وعند أبي حنيفة وأبي يوسف يكون اللبن للغالب ايهما كان ، ولم يذكر اصحابنا اذا تساويا وينبغي ان يثبت التحريم بينهما .

فصل

تزوجت وهي مرضعة

٦١٤٥ - ومن تزوجت وهي مرضعة من زوجها الاول وحملت من الثاني ، فاللبن الاول حتى تضع عند أبي حنيفة .
٦١٤٦ - وقال أبو يوسف ان عرف ان اللبن الثاني من الزوج الثاني فهو منه .

٦١٤٧ - وقال محمد استحسّن ، ان يكون اللبن في حال الحمل ، منهما جميعا ، فاذا وضعت فاللبن للثاني في قولهم جميعا .

فصل

لبن الثيب والبكر

٦١٤٨ - ولبن الثيب والبكر سواء في التحريم لانه لبن امرأة .

فصل

لبن الرجل

٦١٤٩ - ولو نزل لرجل لبن فارضع به صبي لم يحرم بذلك .

فصل

لبن غير الإنسان

- ٦١٥٠ - وان ارتضع صغيران من لبن شاة أو بقرة لم يكن ذلك رضاعاً ولا يثبت بينهما اخوة .

فصل

زوجته الكبيرة أرضعت الصغرى

- ٦١٥١ - واذا تزوج الرجل صغيرة وكبيرة لها لبن فارضعت الكبيرة الصغيرة انفسخ نكاحهما جميعاً .

- ٦١٥٢ - فان كان دخل بالكبيرة حرمتا عليه جميعاً على التأيد .

- ٦١٥٣ - وان لم يكن دخل بالكبيرة جاز له ان يتزوج الصغيرة لانه لم يدخل بامها .

- ٦١٥٤ - ويجب نصف مهر الصغيرة على الكبيرة ان كانت قصدت التحريم ، وان لم تقصد ذلك فلا شيء عليها .

- ٦١٥٥ - وقال الشافعي تغرم في الحالين .

- ٦١٥٦ - ولا مهر للكبيرة ان كان لم يدخل بها لانها منعت لنفسها فهي كالمرتدة سواء .

- ٦١٥٧ - وان دخل بها فلها المهر لانه استحل فرجها ، وقد قال النبي - عليه السلام - « ولها المهر بما استحل من فرجها » ^(١) .

(١) « اذا ادخلت المرأتان كل واحدة منهما على غير زوجها فوطئت كل واحدة منهما ، قال : ترد كل واحدة على زوجها ولها الطلاق بما استحل من فرجها ولا يقربها زوجها حتى تنقضي عدتها .
(جامع مسانيد الامام ١٠٣/٢) .

فصل

قوله لزوجه هذه أختي

٦١٥٨ - وإذا قال الزوج لزوجه هذه أختي من النسب أو الرضاع وقعت الفرقة بينهما فإن صدقته على ما قال فلا مهر لها ، إن كان لم يدخل بها ، وإن دخل بها فلها المهر .

٦١٥٩ - وإن كذبه فلها نصف المهر .

٦١٦٠ - ولو رجعا وكذبا أنفسهما وقالا غلطنا في ذلك القول فلهما أن يتزوجا .

٦١٦١ - وقال الشافعي ليس لهما ذلك وإقرارهما يلزم على الأب .

فصل

أرضعت الكبيرة الصغيرتين

٦١٦٢ - ولو تزوج كبيرة وصغيرتين فأرضعتها الكبيرة معا بن حبيبا منه ، والقول في المهر على ما تقدم .

٦١٦٣ - ولو أرضعتها واحدة بعد الأخرى فالبائنة امرأته على حالها لأنها أرضعتها وهي بائنة منه فلا يكون رضاعا .

فصل

ادعت أنها أرضعت امرأته

٦١٦٤ - ولو تزوج بامرأتين فجاءت امرأة اليهما وقالت أنني أرضعتكما في الصغر ، قال أصحابنا الأولى لهما أن يتفرقا ولا يجبرهما على الفرقة ، وقد قيل للنبي ألا تزوج بنت حمزة فأنها من أجل امرأة في قريش فقال

هي أختي من الرضاعة أرضعتني وإياها نوبة^(١) [أمه أمي لهب]^(٢) .

٦١٦٥/ وقد روى أن امرأة سوداء جاءت الى رجل وامرأته لتسليهما فردا عليها فقالت أني قد أرضعتكما ، فسئل النبي عليه السلام عن ذلك فقال: كيف وقد قيل^(٣) .

فصل

الشهادة على الرضاع

٦١٦٦/ وقال عمر بن الخطاب رضي الله عنه لا تقبل على الرضاع الا شهادة شاهدين .

٦١٦٧/ وقال أصحابنا ، ونقبل شهادة رجل وامرأتين لان بها تثبت الحقوق والاموال .

٦١٦٨/ وقال الشافعي ، تقبل على الرضاع شهادة أربع نسوة ولا رجل معهم .

٦١٦٩/ وعندنا لا بد من رجل في الرضاع ولا تقبل شهادة النساء منفردات .

(١) سبل السلام ٢١٧/٣ وفيها « عن ابن عباس (رض) أن النبي (ص) اريد على ابنة حمزة ، أي قيل له تزوجها فقال : انها لا تحل لي انها ابنة اخي من الرضاعة ، ويعرم من الرضاعة ما يحرم من النسب . متفق عليه .

(٢) الزيادة التي بين قوسين من سبل السلام ايضا .

(٣) سبل السلام ٢١٨/٣ وفيها « عن عقبة بن الحارث وهو ابو سروعة عقبة بن الحارث بن عامر القرشي النوفلي . انه تزوج ام يحيى بنت ابي اهاب فجاءت امرأة . فقالت : قد ارضعتكما ، فسأل النبي (ص) فقال : كيف وقد قيل ففارقها عقبة فنكحت زوجا غيره . اخرج البخاري . الحديث دليل على ان شهادة المرضعة وحدها تقبل .

٦١٧٠/ وهو لا يقبل في الطلاق شهادة رجل وامرأتين ولا يفرق بين الزوجين ، ويفرق بينهما اذا شهد النساء بالرضاع •

٦١٧١/ ومسائل الرضاع كثيرة ، وقد عمل الخصاص فيه كتابا منفردا فروى عجيبه •

٦١٧٢/ واذا قد ذكرنا حكم النكاح والرضاع وكان البضع يملك من الحرية بالعوض فهل لمن ملكه أن يأخذ عنه عوضا أم لا ؟ وهذا يقتضي أن نذكر الخلع وما يجب به العوض للزوج •

كتاب الخلع

وهذا كتاب الخلع^(١)

٦١٧٣/أعلم أن الخلع أمر ورد القرآن به ، وحكم فيه النبي^(٢)

(١) جاء في لسان العرب في مادة (خلع) :

« خلع الشيء يخلعه خلعا واختلمه كنزعه ، إلا أن في الخلع مهلة ، وسوى بعضهم بين الخلع والنزع وخلع الربة عن عنقه : نقض عهده ، وتخالع القوم نقضوا الحلف والعهد بينهم . وفي الحديث : « من خلع يدا من طاعة الله لقي الله لا حجة له » .

أي من خرج من طاعة سلطانه ، وعدا عليه بالشر

وخلع امرأته خلعا بالضم وخلاعا ، فاختلمت ، وخالعتها أزالها عن نفسه ، وطلقها على بذل منها له ، فهي خالعة ، والاسم الخلعة ، وقد تخالعا ، واختلمت منه اختلاعا فهي مختلعة

أنشد ابن الأعرابي :

مولعات بهات هات فان

شقر مال اردن منك الخلاعا

شقر مال : قل

قال أبو منصور : خلع امرأته ، وخالعا ، اذا أفتدت منه بمالها فطلقها وأبانها من نفسه ، وسمى ذلك الفرق خلعا ، لأن الله تعالى جعل النساء لباسا للرجال والرجال لباسا لهن فقال : « هن لباس لكم وأنتم لباس لهن » ، وهى ضجيجة وضجيعة ، فاذا أفتدت المرأة بمال تعطيه لزوجها ليبينها منه فأجابها الى ذلك فقد باننت منه ، وخلع كل واحد منهما لباس صاحبه . والاسم من كل ذلك الخلع والمصدر الخلع ، فهذا معنى الخلع عند الفقهاء ١ هـ

(٢) أورد ابن يتيمة في منتقى الاخبار (٢٧٦/٦ - ٢٨٢) جملة من الاخبار الواردة عن النبي (ص) في القضاء بالخلع في شكوى امرأة ثابت بن قيس بن شمس ، وأنها أختلمت على عهد رسول الله «ص» فأمرها برد حديقته التي مهرها لها دون زيادة وخلي سبيلها .

والامة بعده ، وهو يدور في الدنيا ولا يكاد يخلو الزمان من وجوده ، وله
أحكام وشعب وخلاف ووافق •

وقد قال الله تعالى :

(ولا جناح عليهما فيما أفدت به)^(١)

فصل

٦١٧٤/ ويجوز عندنا بما دفعه اليها وبأقل منه وبما زاد ، ولا يكره
له الفضل اذا كان الشئ من قبلها ، وإن كان من قبله وتغته كرم له
الفضل ، وفي الناس من قال لا يجوز بالزيادة على المهر^(٢) •

(١) البقرة ٢٢٩ •

(٢) هذه الآراء تدور حول مبدئي الكسب دون سبب والتعسف في
استعمال الحق ضراراً • هذا وقد أجازت الفقرة (٣) من المادة (٤٦) من
قانون الأحوال الشخصية أخذ الفضل على المهر في الخلع والراجع عندي أن
هذه الزيادة لا تعد مشروعة الا اذا كان لها سبب معقول كأن تكون تعويضاً
هذا وقد نظم قانون الأحوال الشخصية العراقي الخلع فخصه بمادة
واحدة هي المادة (٤٦) التي وردت بعنوان التفريق الاختياري (الخلع) • وقد
عرفت الفقرة الاولى من هذه المادة الخلع بأنه « ازالة قيد الزواج بلفظ
الخلع أو ما في معناه ، وينعقد بإيجاب وقبول امام القاضي ، مع مراعاة
أحكام المادة التاسعة والثلاثين من هذا القانون ، وبذا لم يعد الخلع تصرفاً
ارادياً من جمع الوجوه فقد أخضعه هذا النص لاشراف القاضي فأوجب ان
يتم انعقاده امام القاضي وأحال الى المادة (٣٩) من هذا القانون ومعنى هذا
أن الخلع الذي يقع مع تعذر مراجعة المحكمة يجب أن يسجل في المحكمة
فان لم يتم التسجيل بقيت حجة الزواج معتبرة الى حين ابطالها من طرف
المحكمة وكل ذلك اسوة بالطلاق وبذلك خضع الخلع من حيث هو اتفاق
لتوجيه القضاء وتدخل المشرع الوضعي منعاً لاساءة استعمال هذا الحق
أو الاجراء عليه اما المدة الى ينبغي ان يسجل الخلع الواقع خارج المحكمة
خلالها في المحكمة فهي مدة العدة •

فصل

٦١٧٦/ وهو عندنا طلاق بائن الا أن ينوى ثلاثا فيكون كما نوى ،
سائر المواضع (١) .

فصل

الخلع طلاق بائن

٦١٦٧/ وهو عندنا طلاق بائن الا أن ينوى ثلاثا فيكون كما نوى ،
الا أن ينوى اثنتين فيكون واحدة عند أصحابنا خلاف زفر ، بناء على
الكنايات اذا نوى بها ذلك .

٦١٧٧/ وهو طلاق في جميع الاحوال وينقص به العدد .

٦١٧٨/ وقال الشافعي في أحد قوله هو صريح في الفسخ ، والثاني
كناية في الطلاق فان نوى به الطلاق كان طلاقا ، وان لم تكن له نية
فهو فسخ .

٦١٧٩/ ولو كان فسخا لما صح بين غير الزوج والزوجة ، ولا ببدل
هو أقل من المهر ولا أكثر ، ولا بغير جنس المهر ولكن كالأقالة في البيع
يملكها ولي الصغير والصغيرة ، ولكن لا يجوز بعد الدخول .

٦١٨٠/ والفرقة الواقعة من جهة المرأة التي لم يجعلها الزوج إليها
فهي فسخ ، وكل فرقة جاءت من قبل الزوج وقطعت النكاح على وجهه

(١) انظر مع ذلك نص الفقرة الاولى من المادة (٤٦) والمادة (٣٩)
من قانون الاحوال الشخصية وقد حصر الخلع من حيث الشكل فوجب في
الاصل ايقاعه في المحكمة وعند التعذر أوجب تسجيله والمحكمة هي التي
تقدر حالة التعذر ، ولها أن تمتنع عن طلب تسجيل الخلع الواقع خارج
المحكمة عند عدم ثبوت تعذر ايقاعه امامها ، على ما نرى ، لان المحكمة من
الخلع تقتضي عدم التوسع في الاستثناء المذكور .

لا يتأبد فهي طلاق عند أبي حنيفة إلا الردة وخيار الغلام إذا بلغ .

٦١٨١/ وقال أبو يوسف إلا ذلك وأباه الزوج الاسلام .

٦١٨٢/ وقال محمد كل ذلك طلاق الاخير الغلام إذا بلغ .

٦١٨٣/ واتفق الجميع على أن سائر الفرق غير الطلاق لا يجوز أخذ

الموض عنها بحال ، وأنها إذا نوى بها الطلاق فليس بطلاق .

فصل

طلقني طليقة بألف

٦١٨٤/ ولو قالت المرأة لزوجها ، طلقني طليقة بألف ، فطلقها ثلاثاً

وقعت الثلاث ولا شيء عليها عند أبي حنيفة .

٦١٨٥/ وقال عليها الألف .

٦١٨٦/ وهو قول الشافعي .

٦١٨٧/ لأنه أجابها إلى غير ما سألت ، وبالإضافة التي أضافها فتغير

حكم المزيد عليه وتغير الشرط .

فصل

طلقني طليقة ولك ألف

٦١٨٨/ ولو قالت طلقني طليقة ولك ألف أو اخلعني ولك ألف ، ففعل

وقع الطلاق ولا شيء عليها عند أبي حنيفة .

٦١٨٩/ وقال أبو يوسف ومحمد يجب العوض ، وهو قول الشافعي .

٦١٩٠/ وكذلك الخلاف لو قال العبد ذلك ، لأن قولها ولك ألف

خبر عما له من المال لا خبر عما عليها من العوض ، وهو مثل قولها ولك

دار أو عبد أو أزيد لا ألف درهم ، وقد كان القياس أن لا يكون ذلك

عوضاً في الإجارة .

فصل

طلقي ثلاثاً على ألف

٦١٩١/ولو قالت طلقتي ثلاثاً على ألف فطلقها واحدة وقعت ولا عوض عليها •

٦١٩٢/وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي يستحق ثلث الالف لان « علي » فيها معنى الشرط •

٦١٩٣/ولا يلزم العوض مع الشك^(١) لان الجواب يجب ان يطابق السؤال في الجملة •

فصل

طلقي نفسك واحدة بألف

٦١٩٤/ولو قال لها طلقي نفسك واحدة بألف فطلقت نفسها ثلاثاً لم يقع عليها شيء عند أبي حنيفة •

٦١٩٥/وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي يقع واحدة بالالف •

٦١٩٦/لان الطلاق اختلف لفظاً ومعنى فلم يفعل المأمور به •

فصل

خلعها على أن له الرجعة

٦١٩٧/ولو خلعها على مال على أن له الرجعة صح الخلع ، وبطل شرط الرجعة •

٦١٩٨/وقال الشافعي يسقط العوض وتثبت الرجعة •

(١) هذا قريب من قاعدة ان الشك يفسر في مصلحة المدين في القوانين المدنية الوضعية •

- ٦١٩٩/ لان الخلع يقتضى البينة وهي موجب الخلع فلا يصح نفيها
كما لو شرط أن لا يقع الطلاق ، وهو فسخ عنده ، والفسخ لا تثبت فيه
الرجعة أيضا لانه يرفع النكاح فلا ترجع بغير عقد ، وكان الواجب اذا لم
يصح الشرط أن لا يقع الطلاق •
- ٦٢٠٠/ وقال المزني يبطل الشرطان جميعا ويقع الطلاق باثنا ويجب مهر
المثل ، والشرط اذا بطل بطل ما غلق عليه ، ومهر المثل غير مشروط ،
ولا أستحق ما شرطه عليه •

فصل

الخلع على خمر أو خنزير

- ٦٢٠١/ ولو خلعهما على خمر وخنزير وميتة أو شيء لا قيمة له وقع
الخلع ولم يستحق عليها تسليم ذلك ولا عوضا سواء •
- ٦٢٠٢/ وقال الشافعي يقع ويلزمها رد مهر مثلها •
- ٦٢٠٣/ لانها لم تغره ، وخروج البضع لا قيمة له •

فصل

صريح الطلاق في الخلع^(١)

- ٦٢٠٤/ والمختلعة يلحقها صريح الطلاق بغير عوض ، ولا يلحقها
-
- (١) لم يشر السمناني الى الالفاظ الصريحة بالخلع وقد جاء في
بداية المجتهد (ج ٢ ص ٥٤) •
ان اسم الخلع والفدية والصلح والمباراة كلها تؤل الى معنى واحد
وهو بذل العوض على طلاقها :
الا أن اسم الخلع يختص ببذلها جميع ما اعطاها
والصلح ببعضه •
والفدية باكثره •
والمباراة باسقاطها عنه حقاً لها عليه •
على ما زعم الفقهاء ١٠ هـ •

بموض ، وكذلك أعتدى واستبرئني رحمك ، وانت واحدة ، في رواية
وفي أخرى هذه الالفاظ كسائر الكنايات لا يلحقها الا أن تكون معلقة
بشرط وجد في العلة فيقع ذلك .

٦٢٠٥/ وقال الشافعي ، كل بائة لا يلحقها طلاق بحال .

٦٢٠٦/ وبقولنا قال ابن مسعود وابراهيم والشعبي ، وشبهوا ذلك
بالمكاتبه انه يجوز للمولى عنها .

فصل

البذل المجهول الصفة في الخلع

٦٢٠٧/ والبذل المجهول الصفة والقدر يثبت في الخلع كما يثبت في
النكاح ، ويجوز أن يثبت ما لا يثبت مهرا بحال ، مثل ما تلد الغنم وتحمل
الشجر ، فان لم تحمل رجع بما أعطى .

٦٢٠٨/ وفي هذا الباب تفصيل كثير يطول شرحه ان ذكرناه .

٦٢٠٩/ وقال الشافعي يجب مهر المثل في هذه المواضع اذا ذكر مهرا
مجهولا لان ما يصح الوصية به من الاعيان يجوز ان يثبت بدلا في الخلع
بالحاضر من الاعيان .

فصل

مخالعة المريضة

٦٢١٠/ وما تبذله المرأة في الخلع اذا كانت مريضة يعتبر من الثلث .

٦٢١١/ وقال الشافعي مقدار مهر المثل رأس المال والزيادة عليه من

الثلث .

٦٢١٢/ لانها بذلت عما ليس بمال حصل لها فصار كهبة المال .

فصل

خلعها على نفقة عدتها

- ٦٢١٣/ وان خلعها على نفقة عدتها صح الخلع وسقطت النفقة وقال الشافعي لها النفقة اذا كانت حاملا ، ويرجع عليها بمهر المثل .
- ٦٢١٤/ لان النفقة تصح بالكفالة بها فهي كاجرة الدار اذا جعلها عوضا في الخلع .
- ٦٢١٥/ وكان بعض أصحابنا يجعل الخلع واقما على قدر النفقة وتقع فصا. بما يجب لها في المستقبل .

فصل

ما يترتب على الخلع

- ٦٢١٦/ والخلع اذا وقع بلفظ الخلع والمبارأة والمفاداة على عوض ، وجب العوض وسقط كل حق يتعلق بالنكاح لكل واحد على صاحبه من صداق ونفقة .
- ٦٢١٧/ وأما سائر الديون من غير النكاح ففيها روايتان .
- ٦٢١٨/ وقال محمد لا يسقط من الحقوق الا ما سمي به .
- ٦٢١٩/ وهو قول الشافعي .
- ٦٢٢٠/ وقال أبو يوسف ، في الخلع بقول محمد وفي المبارأة يقول أبي حنيفة .

فصل

اختلفا في بدل الخلع

- ٦٢٢١/ واذا اختلفا في بدل الخلع فالقول قول المرأة ان كانت هي

الباذلة ، وان كان غيرها. قال قول قوله ولا يتحالفان .

٦٢٢٢/ وقال الشافعي يتحالفان ويجب مهر المثل .

٦٢٢٣/ لان البذل [هو] المستحق عليها فكان القول قولها كالغاصب .

فصل

٦٢٢٤/ وان نكلت عن اليمين لزمها ما قال الزوج .

٦٢٢٥/ وان أقاما جميعا بينة فينة الزوج أولى لانها تثبت البذل عليها .

فصل

خلع على رضاع

٦٢٢٦/ وان خلعها على رضاع أبنه منها^(١) فمات قبل المدة وجب عليها قيمة رضاع المدة الباقية .

٦٢٢٧/ وقال الشافعي يرجع عليها بمهر المثل .

فصل

الخلع على حكمه أو حكمها أو حكم أجنبي

٦٢٢٨/ وان وقع الخلع على حكمه أو حكمها أو حكم أجنبي ، فحكم من له الحكم بشيء ورضى الزوجان به ، فهو جائز ما كان ، وان لم يرضا به أو رضي به أحدهما جاز من ذلك قدر المهر ، ولا تجوز الزيادة اذا كان الحكم من الزوج وأبت المرأة ، وان كان الحكم من المرأة جاز مهر المثل وأكثر وان نقصته من المهر لم يجز على الزوج ويؤدى من يرضى منهما الى

(١) هذا مثال من أمثلة الاشتراط لمصلحة الغير اذا حصل الخلع على رضاع ابنه منها ، فكانت فائدة العقد مشترطة لغير الطرفين .

قدر مهر المثل وكذلك اذا حكم الاجنبى ، فان نقص اعتبر رضا الزوج ،
وان زاد اعتبر رضا المرأة ، وان كان قدر الواجب لزمهما فكذلك الطلاق
على مال في هذا كله سواء .

٦٢٢٩/ وفي الخلع مسائل كثيرة .

ولما كان الخلع يجب به العوض وكان ما يجوز للانسان أن يأخذ
عليه العوض يجوز أن يوقعه بغير عوض وكان الطلاق أمراً عمت به
البلوى وجب ذكره .

كتاب الطلاق

وهذا كتاب الطلاق^(١)

٦٢٣٠/ أعلم أن الطلاق أمر استفادته الزوج بعقد النكاح ، قاطع لحقه من البضع ، اذا مضت العدة أو أستوفى عدد الطلاق ، أو أخذ عليه عوضاً ، أو أوقعه بلفظ الينونة عندنا .

عموم البلوى بالطلاق

٦٢٣١/ ولما كانت البلوى به عامة ، والحلف به كثيراً ، وهو أكثر ما يسأل عنه العلماء ، ويحكم فيه الحكام ، ويقع فيه الخلاف والاعتراض ، وجب أن نذكر من ذلك ما هو مختلف فيه ، وما يجوز أن يقع من حالف ، فيعلم حكمه فقد جهل كثير من القضاة مواضع ظاهرة منه ، لا سيما اذا كان القاضي غير عارف بالفقه ، وليس عنده فقيه يرجع اليه ، فلهذا أستوفيت في هذا الكتاب أكثر ما يدور فيه وقرنته الى الفهم بما يمكن ، وأسأل الله التوفيق

فصل

شروط الطلاق

٦٢٣٢/ اجمع الفقهاء على أن الطلاق لا يقع الا في ملك أو مضاف الى ملك اذا كان الحالف عاقلاً مكلفاً^(١) .

(١) الظاهر من اقتصار السمناني على هذه القاعدة من قواعد الاجماع في مسائل الطلاق أن المجمع عليه في هذا المضمار نادر وقد ذكر ابن رشد في بداية المجتهد قاعدة اخرى من قواعد الاجماع في هذا الصدد وأشار الى خلافهم فيما سواها فجاء في الكتاب المذكور (٦٠/٢) « أجمع المسلمون على أن الطلاق يقع اذا كان بنية ولفظ صريح . واختلفوا هل يقع بالنية مع اللفظ الذي ليس بصريح ، أو بالنية من دون اللفظ ، أو باللفظ دون النية » .

فصل

طلاق الصبي الذي يعقل

٦٢٣٣/ واختلفوا في طلاق الصبي الذي يعقل فلم يوقعه اصحابنا^(١) والشافعي وعامة الفقهاء اذا اوقعه على زوجته التي زوجها الولي لانه غير مكلف ، ولقوله عليه السلام ، « كل الطلاق جائز الا طلاق المعتوه والصبي »^(٢) .

٦٢٣٤/ وحكي عن ابراهيم انه يقع طلاقه وهو مذهب الحنابلة على ما سمعته في المناظرة عنهم^(٣) .

فصل

إضافة وقوع الطلاق إلى ملك

٦٢٣٥/ واختلف فيمن عقد الطلاق في غير ملك و اضاف وقوعه الى الملك^(٤) .

(١) في مختصر الطحاوي (ص ١٩١) « طلاق من لم يبلغ الحلم باطل ، وطلاق المجنون كذلك » .

(٢) جامع مسانيد الامام ١٤٩/٢ وفيه : « أبو حنيفة عن سليمان بن مهران الاعمش عن ابراهيم بن عامر بن ربيعة عن أمير المؤمنين علي بن أبي طالب (ر) قال : كل الطلاق جائز الا طلاق المعتوه » .

(٣) في الافصاح (٢/٣٥٣) « عن احمد روايتان أظهرهما انه يقع طلاقه » .

(٤) أى أن الفقهاء اختلفوا فيمن طلق امرأة معينة أو غير معينة قبل أن يتزوجها و اضاف وقوع الطلاق الى الملك أى علقه عليه . وقد اختلف الفقهاء في هذا الصدد الى ثلاث فرق ففريق اجاز ذلك مطلقا وهؤلاء هم الحنيفة وفريق منع ذلك مطلقا وهم الشافعية والحنابلة وفريق اجازة مقيدا بالتخصيص والتعيين وأقرب هذه الاقوال الى تحقيق المصلحة الاجتماعية وصيانة الروابط الزوجية من العيب رأى من منع ذلك مطلقا وقد أخذ به قانون الاحوال الشخصية العراقي فنصت المادة (٣٧) منه على أن « لا يقع الطلاق غير المنجز أو المشروط أو المستعمل بصيغة اليمين » .

٦٢٣٦/ فقال اصحابنا يقع الطلاق اذا اوجد شرطه ، ولا فرق عندهم بين أن يعين امرأة أو قبيلة أو يطلق القول ويعم به كل النساء .
 ٦٢٣٧/ وقال مالك أن عم لم يصح ولم يقع الطلاق ، وإن خص امرأة بعينها أو قبيلة جاز ذلك ووقع الطلاق .
 ٦٢٣٨/ وقال الشافعي^(١) لا يقع الطلاق سواء عم أو خص إذا كان المحلوف على طلاقها ليست في ملكه عند العقد .
 ٦٢٣٩/ وهذا مثل قوله كل امرأة أتزوج فهي طالق أو إن تزوجت فلانه فهي طالق .

فصل

إضافة الطلاق إلى غير الملك

٦٢٤٠/ واتفق الجميع على أنه لو عقد الطلاق في الملك وإضافة إلى غير الملك إن العقد باطل اعتباراً بما أضيف إليه دون حالة العقد .

فصل

تحقق الشرط في النكاح الثاني

٦٢٤١/ ولو عقد الطلاق في الملك وأطلق العقد ثم أبان الزوجة نسماً تزوجها ثم وجد الشرط في النكاح الثاني وقع الطلاق المعقود عليه .

تحقق شرط اليمين في تزوجها منه للمرة الثانية

٦٢٤٢/ ولو طلقها ثلاثاً ثم تزوجت بزواج وطلقها ثم عادت إلى الأول ووجد شرط اليمين لم يقع الطلاق لأن هذا نكاح غير الأول .

٦٢٤٣/ وقال الشافعي في عدد الصفة قولين أحدهما يرجع سواء أكان

(١) في الانصاح لابن عبيدة إن هذا هو قول الشافعي وأحمد (ص ٣٤٧ منه) .

- الطلاق ثلاثاً أو أقل والثاني لا يرجع بحال
- ٦٢٤٤/ وقال بعض أصحابه مثل قولنا

فصل

طلاق الساهي والناسي

- ٦٢٤٥/ وقال أصحابنا طلاق الساهي والناسي واقع^(١)
- ٦٢٤٦/ وقال الشافعي لا يقع في أحد قوله
- ٦٢٤٧/ لأن عدم القصد أقل من شرط الخيار فإذا لم يمنع شرط الخيار الوقوع فالناسي أولى

فصل

طلاق المكره

- ٦٢٤٨/ وطلاق المكره واقع عندنا وكذلك نكاحه وعاقه ونذره
- ٦٢٤٩/ وقال الشافعي باطل^(٢)

(١) الظاهر أن الحنفية قاسوا طلاق الساهي والناسي على طلاق المكره فإنه عندهم لازم ، وقد عالج قانون الأحوال الشخصية العراقي هذه المعضلة فنص في المادة (٣٥) منه على أن لا يقع طلاق المكره والسكران ومن كان فاقد التمييز من غضب أو مصيبة مفاجئة أو كبر أو مرض ، ويمكن القول أن طلاق الساهي والناسي من هذه القبيل بجامع عدم تحقق القصد اليه .

(٢) في بداية المجتهد (٦٦/٢) تفصيل ما أجمله السمناني فقد جاء فيها :

« فاما طلاق المكره فإنه غير واقع عند مالك والشافعي وأحمد ودارد وجماعة ، وبه قال عبدالله بن عمر وابن الزبير وعمر بن الخطاب وعلي بن أبين طالب وأبن عباس . وفرق أصحاب الشافعي بين أن ينوى الطلاق أو لا ينوى شيئاً فان نوى الطلاق فعنهم قولان أصحها لزومه ، وإن لم ينو فقولان أصحهما أن لا يلزم . وقال أبو حنيفة وأصحابه هو واقع ، وكذلك عتقه دون بيعه ، ففرقوا بين البيع والطلاق والعتق .

٦٢٥٠/ واجمع الجميع على ان سائر العقود لا يلزم مع الاكراه .

فصل

لا تأثير للإكراه في الأفعال

٦٢٥١/ واجمعوا أن الاكراه لا يؤثر في الافعال وانه يجوز أن يلزم الفاعل حكمها في موضع دون موضع على اختلاف في ذلك .

الإكراه على الأحداث

٦٢٥٢/ اما الاكراه على الاحداث في الطهارة فهو والطائع سواء في البطـلان .

فصل

الإكراه على الكلام في العقود

٦٢٥٣/ وكذلك اذا أكره على الكلام في الصلاة والعقود والحدود انها تبطل .

فصل

الإكراه على إبطال الصوم

٦٢٥٤/ واختلف في الاكراه على ابطال الصوم فابطله أصحابنا .

٦٢٥٥/ وقال الشافعي لا يبطل .

٦٢٥٦/ وقالوا في القتل يقتل المكـره والمكـره أعني الشافعي في أحد قولي ، وهو قول زفر .

٦٢٥٧/ وابو حنيفة يقتل المكـره ولا يقتل المكـره .

٦٢٥٨/وابو يوسف لا يقتل واحدا منهما^(١) .

فصل

الإكراه على الإقرار بالطلاق

٦٢٥٩/واتفق الجميع على انه لو أكره على الإقرار بالطلاق أن حكمه لا يلزمه .

فصل

إذا طلقك فانت طالق قبل ذلك ثلاثاً

٦٢٦٠/ومن قال لزوجته اذا طلقك فانت طالق قبل ذلك ثلاثاً ، ثم طلقها وقع الطلاق عليها أن كان ثلاثاً وقع الطلاق وبطل الطلاق المعلق بالشرط ، وإن كان أقل من ذلك وقع تمام الثلاث من المعلق بالشرط .
٦٢٦١/وقال ابن سريج لا تطلق هذه المرأة أبداً ، وجعل شرط الطلاق مانعاً من وقوع ما لم يشترطه .

(١) جاء في مختصر الطحاوى (ص ٤٠٩ ، ٤١٠) « من أكره على قتل رجل بسيف ، فإن أبا حنيفة (ر) كان يقول يقتل المكبر ولا يقتل المأمور المكبر . وقال ابو يوسف (ر) على المكبر الامر ضمان دين المقتول لوليه في ماله ، ولا شيء على المأمور المكبر » .

وقد أضاف الطحاوى الى ما ذكر رواية رأى زفر في الإكراه على القتل وأخذ به ، وهو ما لم يذكره السنناني ، فقد جاء في المختصر المذكور (ص ٤١٠) :

« وقال زفر (ر) يقتل المأمور المكبر ، وقال الإكراه في هذا لا يبيح المكبر أن يقتل الذي أكره على قتله ، وإن ما يبيحه الإكراه ما تبيحه الضرورة ، وهذا القول أجود من القولين الأولين ، وبه نأخذ » .

فصل

أنت طالق قبل دخولك الدار

٦٢٦٢/ولو قال أنت طالق قبل دخولك الدار وقع الطلاق في الحال لأنها غير داخلة في الداخلة ، وهو قبل ذلك •

فصل

٦٢٦٣/قال أنت طالق ثلاثا ، في كلمة واحدة فقد فعل محرما عندنا ويقع الطلاق^(١) •

٦٢٦٤/وقال الشافعي انما يحرم من الطلاق ما كان في الحيض أو غيب الجماع ، والجمع ليس بحرام بل سنة •

٦٢٦٥/وقال مالك سنة الطلاق أن لايزيد على واحدة •

فصل

الطلاق في حال الحيض

٦٢٦٦/ولا يبطل ذلك اذا جمع ، ومن الناس ومن قال لا يقع •

٦٢٦٧/وكذلك الطلاق في حال الحيض هو واقع •

٦٢٦٨/وقال بعضهم لا يقع •

٦٢٦٩/وقد روى في خبر ابن عمر أنه قال له النبي صلى الله عليه

(١) مثل هذا الطلاق يقع بالنظر للفقرة (٢) من المادة (٣٦) من قانون الاحوال الشخصية المراقي طلقة واحدة •

وسلم « مرة فليواجهها » ولو كان الطلاق لم يقع لم يكن لهذا معنى ^(١) .

فصل

قوله لغير المدخول بها أنت طالق ثلاثاً

٦٢٧٠/ ولو قال لغير المدخول بها أنت طالق ثلاثاً ، وقع عليها الثلاث

عندنا .

٦٢٧١/ وهو قول الشافعي وعامة الفقهاء ، وعن الحسن البصري انها

تطلق واحدة ^(٢) لان قوله أنت طالق ثلاثاً يقع الطلاق بقوله ، انت طالق
ويصادفها الثلاث وهي باثثة فلا يقع .

(١) لم يعالج قانون الاحوال الشخصية الطلاق في حال الحيض ،
على أن المادة (٣٩) من هذا القانون نصت على انه « على من اراد الطلاق ان
يقيم الدعوى في المحكمة الشرعية بطلب ايقاعه واستحصال حكم به » الخ ،
وفي نظري أن المحكمة تملك التحقق من كون الطلاق سنياً وليس بدعياً ،
وان تؤجل سماع الدعوى بالطلاق اذا ذكرت الزوجة أنها حائض ، ولا
تنظر في طلب الزوج الا اذا تطهرت الزوجة من الحيض . وما نقول به
يسنده أن المقصود بالطلاق ان يكون طلاقاً سنياً لا بدعياً وان هذا القول
أدنى الى تقوية روابط الزوجية بأفساح الفرصة للزوجين في العودة
للوفاق وكل هذا من قبيل القول بأكثر الاحوال ملائمة لقانون الاحوال
الشخصية (م ١ منه) . وقد صاغ الطحاوي في مختصره قاعدة الطلاق
السنى بقوله :

من اراد أن يطلق زوجته وهي ممن تحيض وقد دخل بها فينبغي ان
يطلقها طاهراً من غير جماع (ص ١٩١ - ١٩٢ من مختصر الطحاوي) .

(٢) ان قول الحسن البصري هو الذي ينطبق على ما جاء في الفقرة
(٢) من المادة (٣٦) من قانون الاحوال الشخصية من أن الطلاق المقترن
بعدد لا يقع الا واحدة ، لأن هذا النص مطلق لم يفرق بين مدخول بها
وغير مدخول بها . وما يؤيد قول الحسن البصري ان قوله أنت طالق
ثلاثاً جملة بسيطة فصيح تعليله ، أما قوله أنت طالق ان دخلت الدار فجملة
مركبة ، وفيها يقع تعليق على شرط فلا يصح تجزئتها ، خلافاً للجملة الاولى .
والحاصل فان جميع صور الطلاق المقترن بعدد اصبحت منكممة
بحكم النص المذكور ، ويعد قضاء طلقة واحدة نظراً لصراحة النص .

٦٢٧٢/ وعندنا ان الكلام اذا لم يفرع فالجملة واحدة ، الا ترى أنه لو قال أن دخلت الدار فانت طالق أو أنت طالق ان دخلت الدار فإنها لا تطلق وتقف على وجود الشرط •

فصل

٦٢٧٣/ ولو قال لها انت طالق وطالق وقع عليها واحدة وبطلت الاخرى عند الجمهور من الائمة •

٦٢٧٤/ وروى عن محمد بن الحسن أنها تطلق طلقتين لان المعطوف بعضه على بعض في حكم الجملة الواحدة •

فصل

٦٢٧٥/ ولو قال أنت طالق واحدة قبل واحدة طلقت واحدة^(١) •

٦٢٧٦/ ولو قال قبلها واحدة طلقت اثنتين^(٢) •

٦٢٧٧/ ولو قال بعد واحدة طلقت اثنتين •

٦٢٧٨/ وان قال بعدها واحدة فهي واحدة •

٦٢٧٩/ ولو قال مع واحدة أو معها فهي طالقة اثنتين^(٣) •

(١) لان معنى قوله « قبل واحدة » اي : قبل واحدة تكون (مختصر الطحاوى ص ١٩٨) •

(٢) لان معنى قوله « قبلها واحدة » انما هو : « قد كانت » (مختصر الطحاوى ص ١٩٨) •

(٣) لان معنى «مع» ومعها ههنا انما هو : « مع واحدة قد كانت » (مختصر الطحاوى ص ١٩٨) •

٦٢٨٠/ وقد ذكر الطحاوي في خلاف الفقهاء عن أبي يوسف في
مع ومعها أنها واحدة لأن المذكور أولا إذا كان الموقع أولا فهو بمعنى كان،
وإذا كان بمعنى يكون وقع الاول ولم يقع الثاني ، ومع تقتضي المضاف
والمقارنة فيقع الجميع .

فصل

أنت طالق وطالق وطالق إن دخلت الدار

٦٢٨١/ ولو قال لها ، أنت طالق وطالق وطالق إن دخلت الدار وقف
الجميع على الشرط ولم يقع منه شيء (١) .
٦٢٨٢/ ولو قدم الشرط فقال أن دخلت الدار فانت ، طالق ، وطالق
وطالق تعلقت بالشرط ووقع عليها في الحال واحدة وبطلت الاخرى إن عند
أبي حنيفة كأنه قال عند الدخول ذلك (٢) .
٦٢٨٣/ وقال أبو يوسف ومحمد لا فرق بين أن يقدم الشرط أو
يؤخره في أنه يقف ذلك كله على الشرط كما لو كانت مدخولا بها .

فصل

أنت طالق ثم طالق ثم طالق إن دخلت الدار

٦٢٨٤/ ولو قال والمسئلة بخالهما ، أنت طالق ثم طالق ثم طالق إن
دخلت الدار ، أو قال إن دخلت الدار فانت طالق ثم طالق ثم طالق فأن

(١) فإن دخلت الدار فقد تحقق الشرط فكانت طالقا ثلاثا مدخولا
بها كانت أو غير مدخول بها (مختصر الصحاوي ، ص ١٩٧) .
(٢) كذا . وقد وردت هذه المسئلة في مختصر الطحاوي على نحو
آخر يستفاد منه أن وقوع الطلاق بالاولى منهن إنما يتوقف على دخولها
الدار فقد جاء فيه (ص ١٩٧) :
« ولو قال لها : إن دخلت الدار فانت طالق وطالق وطالق فدخلت
الدار طلقت واحدة . وهي الاولى منهن في قول أبي حنيفة (ر) . ولم تطلق
في قوله غيرها . »

أبا حنيفة قال أن ثم لا تصل الكلام كما تصله الواو فتقع واحدة^(١) إذا قدم الكلام ويبطل ما زاد عليه وإن قدم الشرط تعلق بواحدة وبانت بالثانية وبطلت الثالثة^(٢) .

٦٢٨٥/ وقال أبو يوسف ومحمد أن ثم تصل الكلام كما تصله الواو وتفيد العطف^(٣) .

فصل

مشيئة الله

٦٢٨٦/ وافتقوا في مشيئة الله أنها تؤثر في الكلام سواء قدمها أو أحرها عندها^(٤) .

(١) في مختصر الطحاوى (ص ١٩٧ - ١٩٨) « فتقع عليها الاولى من التطبيقات الثلاث » حين قال لها ما قال وتبطل الباقيتان .
(٢) اصل هذه الجملة في مختصر الطحاوى (ص ١٩٨) « ولو قال لها أن دخلت الدار فانت طالق ثم طالق ثم طالق : وقعت عليها الثانية حين قال لها ما قال ، وبانت بها منه ، وبطلت الثالثة فلم تقع عليها أبداً ، وكانت الاولى معلقة عليها ، فان دخلت الدار وهى فى تكاح [ثان] قد عقد عليها ، ولم تكن دخلتها قبل ذلك طلقته » .
(٣) في مختصر الطحاوى (ص ١٩٨) تفصيل هذه العبارة على النحو الاتي :

« وأما فى قول أبى يوسف ومحمد (ر) فان ثم تصل الكلام كما تصله الواو والفاء ، الا أن الطلاق يقع بها بعضه تاليا لبعضى ، فتبين بأوله ويبطل عليها ما سواه منه . . وبه نأخذ » .

(٤) استخلص السمنانى قاعدة التعليق على مشيئة الله والاستثناء بمشيئة الله فذكر ان كل ذلك يؤدى الى التأثير في الكلام سواء قدم أو أخر، فلا تطلق من علق تعليقها على مشيئة الله أو أستثنى منه ما لا يشاء الله ، وان هذا هو مذهب الحنيفة وذهب مالك الى عدم تأثير ذلك في الطلاق ، وقد علل الحنيفة عدم وقوع الطلاق في حالتى الاستثناء والتعليق بمشيئة الله بأن الشرط لا يعلم ههنا فيكون اعداما من الاصل (الهداية شرح بداية المبتدى للمرينانى ج ١ ص ٢٥٤ ط البابى الحلبي) .

٦٢٨٧/ وعند مالك لا تمنع وقوع الطلاق ولا العتق وقد مضت •

فصل

طالق مع

٦٢٨٨/ ولو قال لزوجته انت طالقة مع موتي أو موتك لم يقع الطلاق لان ذلك مقتضى بعد الموت لان جواب الشرط مرتب عليه •

فصل

تعليق الطلاق بشرط يجوز أن يكون أو يجب أن يكون

٦٢٨٩/ وإذا علق الطلاق بشرط يجوز أن يكون أو يجب أن يكون فان الطلاق لا يقع حتى يوجد الشرط ، فالاول كقوله أن قدم زيد والثاني اذا جاء رأس الشهر (١) •

٦٢٩٠/ وقال مالك اذا علق الطلاق بأمر كائن لا محاله كرأس الشهر وقع الطلاق في الحال •

٦٢٩١/ وقال أبو حنيفة اذا قال انت طالق الى شهر وقع في الحال •

٦٢٩٢/ وقال أبو يوسف ومحمد يقع رأس الشهر •

(١) وردت هذه القاعدة في مختصر الطحاوي بصيغة اخرى فجاء فيه (ص ١٩٨ - ١٩٩) « من قال لامرأته انت طالق اذا كان كذا وكذا لما هو كائن لا محالة (الاضافة الى زمن مقبل) او لما قد يكون وقد لا يكون (التعليق على شرط) كان ذلك كله سواء ، ولم يقع الطلاق حتى يكون ، ولم يجب في ذلك على قائلة اعتزال زوجته قبل أن يكون الذي به تطلق هذا وقد نصت المادة (٣٦) من قانون الاحوال الشخصية العراقي على أن لا يقع الطلاق غير المنجز أو المشروط فلا يقع الطلاق المضاف الى أجل لا في الحال ولا عند حلول الاجل ، كما لا يقع الطلاق المعلق على شرط لا في الحال ولا بعد تحقق الشرط •

٦٢٩٣/ وقد روى عنه مثل ذلك لان الطلاق لا يقبل التأجيل بعد ثبوته

فصل

إضافة الطلاق إلى عضو

٦٢٩٤/ وإذا أضاف الطلاق إلى عضو لا يعبر عن جميع الشخص في العادة كاليد والرجل - والاصبع لم يقع^(١) .

٦٢٩٥/ وإن أضافه إلى الرأس والفرج والوجه وما يعبر به عن الجملة وقع^(٢) .

٦٢٩٦/ وقال زفر والشافعي يقع في الجملة .

٦٢٩٧/ واتفقوا أنه لو أوقع على جزء شائع أنه يقع سواء كان معلوماً أو مجهولاً .

٦٢٩٨/ وكذلك إذا بعّض الطلاق بأن يقول نصف تطليقة [أو ذكر جزءاً من أجزائها سوى ذلك كانت طالقاً تطليقة كاملة]^(٣) .

٦٢٩٩/ وقد خالف أهل الظاهر في الفصلين جميعاً وقالوا لا يقع

فصل

إضافة الطلاق إلى نفسه

٦٣٠٠/ وإذا أضاف الطلاق إلى نفسه فقال أنا منك طالق أو طلقت نفسي منك ونوى الطلاق لم يقع عندنا .

(١) مختصر الطحاوى ، ص ١٩٩ .

(٢) ايضاً .

(٣) من مختصر الطحاوى ص ١٩٩ .

٦٣٠١/ وقال الشافعي يقع^(١)

٦٣٠٢/ واتفق الفريقان على انه لو قال أنا منك بائن [او أنا عليك حرام]^(٢) انه يقع اذا نوى .

فصل

طلاق السكران

٦٣٠٣/ وطلاق السكران لازم له^(٣) .

٦٣٠٤/ وقال الطحاوي والكرخي وابو موسى الضرير لا يقع .

٦٣٠٥/ وهو أحد قولي الشافعي .

٦٣٠٦/ لان خيره لا يقبل في انه لم يطلق ولانه سكران .

فصل

صريح الطلاق

٦٣٠٧/ وصريح الطلاق قوله ، انت طالق^(٤) ، وليس الفراق والسراح من الصريح بل كناية فيه .

(١) انظر مناظرة ما ذهب اليه الشافعي في الهداية ٢٣٦/١ .

(٢) من الهداية ٢٣٦/١ .

(٣) نصت المادة (٣٥) من قانون الاحوال الشخصية العراقي على أن طلاق السكران لا يقع .

(٤) جاء في الهداية (٢٣٠/١) وكذا « مطلقة وطلقتك ، فهذا يقع به الطلاق الرجعي لان هذه الالفاظ تستعمل في الطلاق ، ولا تستعمل في غيره فكان صريحا ، وانه يعقب الرجعة بالنص ولا يفتقر الى النية .

٦٣٠٨/ وقال الشافعي هو صريح مثل الطلاق^(١) .

فصل

كنايات الطلاق^(٢)

٦٣٠٩/ وكنايات الطلاق كلها بوائن الا أعتدى واستبرئي رحمك ،
وانت واحدة .

٦٣١٠/ وقال زفر الكل بوائن .

٦٣١١/ وقال الشافعي الكل رجعي ، ولا تكون الكناية أكثر من
الصريح ، والذي يطابق لفظ الينونة .

فصل

اللفظ الذي لا يحتمل السبب

٦٣١٢/ وكل لفظ لا يحتمل السبب من الكنايات فانه اذا قال لزوجه
في حال ذكر الطلاق فانه يقع به الطلاق وان لم ينو ولا يصدق انه لم ينو
الطلاق .

٦٣١٣/ وقال الشافعي يصدق ، ودلالة الحال لا تؤثر في ذلك ولا
تقوم مقام النية عنده .

(١) جاء في بداية المجتهد (٦٠/٢ - ٦١) « وقال الشافعي الفاظ
الطلاق الصريحة ثلاث ، الطلاق والفراق والسراح ، وهي المذكورة في
القرآن ، وقال بعض أهل الظاهر لا يقع طلاق الا بهذه الثلاث ٠٠٠ لان
الشرع ورد بهذه الالفاظ ٠٠ وهي عبادة ومن شرطها اللفظ فوجب ان
يقصر بها على اللفظ الشرعي الوارد فيها » .

(٢) في بداية المجتهد (٦١/٢) ان الكناية هي اللفظ الذي يكون
مجازا في دلالة .

٦٣١٤/ واجمع الفريقان انها تؤثر في اباحة الذم وهو أمر معلوم لكل عاقل .

فصل

النية في ألفاظ الكناية

٦٣١٥/ وان نوى بلفظ الكناية الذي هو : بائن وحرام ، وحملك على غاربك والحقى بأهلك وسرحتك ، وفارقتك ، وامرك بيدك وما يجرى هذا المجرى ، فان نوى الطلاق فهو طلاق ، وان نوى واحدة فواحدة بائن ، وان نوى ثلاثا فثلاث ، وان نوى اثنتين فواحدة عندنا .

٦٣١٦/ وقال زفر والشافعي يكون ما نوى من الاثنين .

٦٣١٧/ لان اللفظ لا يحتمل العدد .

فصل

انت طالق مع النية^(١)

٦٣١٨/ قال اصحابنا ، ان قال انت طالق ونوى ثلاثا فهي واحدة .

٦٣١٩/ وروى عن أبي يوسف انه يكون ثلاثا^(٢) .

(١) لا عبرة بالنية من باب أولى بالنظر لما نصر عليه في الفقرة (٢) من المادة (٣٦) من قانون الاحوال الشخصية من أن الطلاق «لا يقع الا واحدة» ولو اقترن بعدد لفظا أو اشارة ، فان اقترانه بالعدد أقوى من اقترانه بالنية .

(٢) يستفاد من قول السمناني ان دعوى المطلق انصراف نيته الى العدد في الطلاق الصريح بلفظ انت طالق لا تجوز عند الحنفية وان لابي حنيفة قولاً آخر بالجواز وان هذا القول روى ايضا عن ابي يوسف وهو قول الشافعي وقد ذكر في الهداية (٢٣١/١) ان للحنيفة في هذه المسئلة قولاً واحداً فقط هو ان صريح الطلاق لا يقع به الا واحدة وان نوى

٦٣٢٠/ وحكى أنه قول أبي حنيفة الاول .

٦٣٢١/ وهو قول الشافعي .

٦٣٢٢/ لان اللفظ لم يصلح للعدد ، والطلاق لا يقع بمجرد النية كما لا يقف على شرط النية وهو مثل قائم وقاعد ونائم وحائض وطاهر وهذا كله لا يحتمل العدد ، فكذلك طالق وليس من حيث صح أن يفسر بثلاث وبواحدة وينبغي أن يصح من غير ذكر لفظ اذا نوى ، كما يصح أن يقول أنت طالق ان دخلت الدار فان ذلك يصح تعليق الطلاق به ، ولو نوى لم يصح .

فصل

الاختيار

٦٣٢٣/ والخيار طلقة واحدة بائنة^(١) .

٦٣٢٤/ وان نوى أكثر من ذلك فليس بشيء لان الطلاق يقع به كما يقع بالفسوخ وتشبهها بها .

→
أكثر من ذلك . وقد احتج الحنيفة لقولهم هذا ان طالق نعت فرد حتى قيل للمثنى طالقان ولثلاث طوالم فلا يحتمل العدد لانه ضده ، وذكر الطالق ذكر لطلاق هو صفة للمرأة لا لطلاق هو تطليق ، والعدد الذي يقترن به نعت لمصدر محذوف معناه طلاقا ثلاثا كقولك اعطيته جزيلا اي عطاء جزيلا . اما الشافعية فيحتج لهم بان ذكر الطالق ذكر للطلاق كذكر العالم ذكر للعلم ، ولهذا يصح عندهم قران العدد به فيكون نصبا على التمييز ١٠ هـ .

(١) يقصد بالاختيار في باب الطلاق ان يقول الزوج لزوجته اختاري وهو ينوى الطلاق أو يقول لها طلقي نفسك . والقاعدة ان لها حينئذ ان تطلق نفسها ما دامت في مجلسها ذلك . فان قامت منه او اخذت بعمل آخر خرج الامر من يدها (الهداية ٢٤٣/١) .

٦٣٢٥/ وقال الشافعي تكون كما نوى .

فصل

اختارت زوجها

٦٣٢٦/ وان اختارت زوجها فليس بشيء وكذا قالت عائشة رضي الله عنها ، خيرها رسول الله صلى الله عليه وسلم [فاختارته] فلم يعد ذلك طلاقاً^(١) .

٦٣٢٧/ وقال عمر بن الخطاب وعبد الله بن مسعود رضي الله عنهما ان اختارت نفسها فهي واحدة ، وهو أملك برجعتها وان اختارت زوجها فلا شيء .

٦٣٢٨/ وقال علي بن أبي طالب رضي الله عنه ، ان اختارت نفسها فواحدة بائة وان اختارت زوجها فواحدة وهو أملك برجعتها .

٦٣٢٩/ وقال زيد بن ثابت ان اختارت نفسها فثلاث ، وان اختارت زوجها فلا شيء ، وقد روى عنه انه قال اذا اختارت زوجها فواحدة تملك الرجعة .

فصل

الخيار على المجلس

٦٣٣٠/ والخيار عندنا على المجلس ، فان قامت او أعرضت بطل خيارها ، وهو قول عمر وعلي وعبد الله بن مسعود والشعبي وإبراهيم وسفيان الثوري .

(١) في جامع مسانيد الامام (٢ / ١٤١) « ابو حنيفة عن حماد عن ابراهيم عن الاسود عن عائشة (ر) قالت : خيرنا رسول الله (ص) فاخترناه ، فلم يعد ذلك طلاقاً » .

٦٣٣١/ وقال غيرنا ، لها الخيار أبدا •

٦٣٣٢/ واتفق الجميع على أنه لو أوجب له نكاحا أو بيعا كان الخيار في المجلس •

٦٣٣٣/ وقال الشافعي فيما حكى عنه من الوجوه ان الخيار على الفور •

فصل

الطلاق بطريقة الكتابة

٦٣٣٤/ وإذا كتب بطلاق زوجته ونوى الطلاق وقع •

٦٣٣٥/ وقال الشافعي لا يقع في أحد قوله لانه ليس بكلام •

فصل

٦٣٣٦/ وقال أصحابنا ، لا يقع اذا لم ينو وقال في أحد قوله انه يقع

٦٣٣٧/ وليس حكم الكتابة اكبر من الكناية وذلك يفتر الى النية •

فصل

الطلاق بمجرد النية

٦٣٣٨/ ولا يقع الطلاق عندنا بمجرد النية •

٦٣٣٩/ وقال مالك يقع بالنية^(١) •

٦٣٤٠/ وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال « عفى عن

(١) قول السمناني ان الطلاق يقع عند مالك بمجرد النية ليس هو القول المشهور عن مالك فقد جاء في بداية المجتهد (٦١/١) « المشهور عن مالك ان الطلاق لا يقع الا باللفظ والنية » •

أمتي ما حدثت به نفوسها ما لم تقل أو تفعل» (١).

٦٣٤١/ ولا خلاف أن سائر العقود والاقراءات لا تثبت بالنسبة وحدها ، ودون معنى ينضم إليها .

فصل

قوله كلي وأشربي منتوباً بنية الطلاق

٦٣٤٢/ وإن قال لها كلي وأشربي ونوى الطلاق لم يكن طلاقاً .

٦٣٤٣/ وقال الشافعي يكون طلاقاً .

٦٣٤٤/ لأن ذلك ليس من الفاظ الطلاق كما لو قال الحمد لله .

فصل

إن دخلت الدار فأنت طالق

٦٣٤٥/ ولو قال لها ، أن دخلت الدار فأنت طالق ، مفتوحة ، فالطلاق واقع قبل الدخول .

٦٣٤٦/ وإن كانت (إن) مكسورة لم يقع الطلاق حتى تدخل الدار .

(١) سبل السلام (٣/١٧٦) « عن أبي هريرة (ر) عن النبي (ص) قال : إن الله تعالى تجاوز عن أمتي ما حدثت به أنفسها ما لم تعمل أو تكلّم . متفق عليه . ورواه ابن ماجه من حديث أبي هريرة بلفظ (عما تنسوس به ضدورها) بدل (ما حدثت به أنفسها » وزاد في آخره : (وما أسنكرهوا عليه) قال المصنف : واظن الزيادة هذه مدرجة ، كأنها دخلت على هشام بن عمار من حديث في حديث . والحديث دليل على أن لا يقع الطلاق بخديث النفس وهو قول الجمهور . وروى عن ابن سيرين والزهري ورواية عن مالك بأنه إذا طلق في نفسه وقع الطلاق ١ هـ .

فصل

إن لم أدخل الدار فانت طالق

٦٣٤٧/ولو قال ، ان لم أدخل الدار فانت طالق فان الطلاق لا يقع
الا في آخر جزء من اجزاء الحياة عند الاياس من ذلك .

٦٣٤٨/وكذلك (اذا) مثل (ان) عند أبي حنيفة .

٦٣٤٩/وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي هي بمنزلة (متى) فيقع
الطلاق .

٦٣٥٠/واذا قال اذا لم اطلقك فانت طالق يقع في الحال .

٦٣٥١/وقال أبو حنيفة لا يقع الا في آخر جزء من الحياة مثل
« ان لم اطلقك » (١) .

فصل

هل تمتع بلفظ الطلاق مع النية

٦٣٥٢/ومن قال لامته (انت طالق او حرام) ونوى المتعق لسم
تمتع عند اصحابنا .

(١) نقل السمناني هذين البنديين نقلا مقتضيا عن مختصر الطحاوي
(ص ٢٠٢) وقد فرق في المختصر المذكور بين ما لم واذا لم من جهة وبين
« ان لم » من جهة اخرى . وجاء فيه :

« من قال لامرأته : انت طالق ما لم اطلقك فان سكنت فلم يطلقها طلقت،
وان طلقها برء ولم يقع عليه من الطلاق غير ما طلقها . »

وان كان قال لها : انت طالق اذا لم اطلقك او أن لم اطلقك ، فان
أبا حنيفة (ر) قال لا تطلق حتى يموت ولم يطلقها قبل ذلك ، فاذا مات
كذلك طلقت ، يعني في آخر جزء من اجزاء حياته . وقال أبو يوسف
ومحمد (ر) مثل قوله فيه اذا قال ان لم اطلقك ، وخالفاه في قوله اذا لم
اطلقك وجعلاه كقوله مالم اطلقك وقد اختار الطحاوي قول الصحابين .

٦٣٥٣/ وقال الشافعي تمتق •

٦٣٥٤/ لان الطلاق لا يزيل الملك عن الرقة فهو كلفظ الاجارة اذا
استعمله في بيع العين •

فصل

قوله لزوجه أنت حرة

٦٣٥٥/ واجمع الفريقان انه لو قال لزوجه أنت حرة ونوى الطلاق
انها تطلق •

فصل

جعل الطلاق إلى زوجته أو إلى أجنبي

٦٣٥٦/ واذا جعل الطلاق الى زوجته بالخيار ، والامر باليد فليس
له أن يرجع في ذلك •

٦٣٥٧/ وقال زفر له أن يرجع ، وهو قول الشافعي ولو فرضه الى
أجنبي فله الرجوع في قول الفريقين لانه في الاول تمليك وفي الثاني وكالة •

فصل

مدة الخيار

٦٣٥٨/ ولها الخيار ما دامت في المجلس وقد مضت •

٦٣٥٩/ واذا أختارت وقع الطلاق وان لم تنو •

٦٣٦٠/ وقال الشافعي يحتاج الى نية •

فصل

قوله أنت على حرام

٦٣٦١/ واذا قال لزوجه انت على حرام زلا ينوى به الطلاق ، أو

نوى التحريم فهي يمين ، وان اقربها كفر ولا تلزمه الكفارة بنفس
اللفظ عندنا . .

٦٣٦٢/ وقال الشافعي تلزمه الكفارة بنفس اللفظ .

فصل

محرم زوجته مُؤول

٦٣٦٣/ وان حرم زوجته كان مؤولاً ، وان حرم الامة او الطعام
والشراب فهو حالف .

٦٣٦٤/ وللشافعي في ذلك قولان .

فصل

تعاقب حمل الشرط

٦٣٦٥/ واذا قال لزوجته (ان حلفت بطلاقك فعبدي حر) ثم قال
اذا جاء رأس الشهر فانت طالق أو اذا قدم الحاج فانت طالق فقد حلف
وحنث وعتق العبد .

٦٣٦٦/ وقال الشافعي لا يعتق العبد .

فصل

٦٣٦٧/ واذا قال لها انت طالق واحدة في ثلاث وقع الضرب دون
المضروب فيه ، وان نوى الضرب والحساب .

٦٣٦٨/ وقال الشافعي يقع موجب الحساب في ذلك .

٦٣٦٩/ وهو قول زفر .

فصل

الطلاق في المرض

والفرار من حكم الشرع

- ٦٣٧٠/ وإذا طلق في المرض ثلاثاً ثم مات ورثت منه مادامت في العدة عندها •
- ٦٣٧١/ وقال ابن أبي ليلى ترث وإن انقضت المدة ما لم تتزوج •
- ٦٣٧٢/ وقال مالك ترث وإن تزوجت أزواجاً لأنه فار •
- ٦٣٧٣/ وقال الشافعي لا ترث بحال^(١) لأنها بائنة وذكر أصحابه في المسئلة هذه الأقوال كلها •

فصل

- ٦٣٧٤/ وقال أبو حنيفة إذا ورثت اعتدت بأربعة أشهر فلزمها عدة الوفاة •
- ٦٣٧٥/ وقال أبو يوسف عدتها الحيض دون الشهور •

فصل

عبد طلق وهو مريض ثم أعتق

- ٦٣٧٦/ وإن طلق العبد امرأته وهو مريض ثم أعتق في ذلك ثم مات فملا ميراث لها لأنه لم يكن في وقت الطلاق قصد الفرار من الميراث •

(١) وذهب أهل الظاهر أيضاً إلى أن طلاق المريض كطلاق الصحيح
(انظر المحلى ١٠/ ١٨٢) •

فصل

تطليق الأمة أو الذمية في مرضه

٦٣٧٧/ وان طلق الحر في مرضه أمراًته الاممة أو الذمية فاعتقت
الامة ، واسلمت الذمية فانها لانثرت لانه لم يفر من الميراث بالطلاق^(١) ،
وقد ورث عثمان بن عفان رضى الله عنه تماضر امرأة عبد الرحمن^(٢)
[بن عوف] •

٦٣٧٨/ وهو قول عمر وعمر وعائشة وعامة الصحابة والتابعين
رضى الله عنهم •

٦٣٧٩/ وحكى الخلاف عن ابن الزبير رضى الله عنه •

(١) الاصل في هذه التفرقة بين طلاق الفار وغير الفار عند الحنيفة
ما رواه أبو حنيفة في جامع مسانيد الامام (٢ ٥٥ - ١٥٦) فقد
جاء فيه :

١ - ابو حنيفة عن حماد عن ابراهيم في المريض طلق امرأته ثلاثا في
مرض موته ، فان مات في مرضه ذلك قبل ان تنقضى عدتها ورثت واعتدت
عدة المتوفي عنها زوجها ، فاذا انقضت عدتها قبل أن يموت لم ترثه ، ولم
يكن عليها عدة • اخرجه الامام محمد بن الحسن في الآثار فرواه عن أبي
حنيفة ثم قال محمد ، وبهذا كله نأخذ الا في خصلة واحدة ، اذا ورثت
اعتدت بأبعد الاجلين كما وصفت لك ، وهو قول ابى حنيفة (ر) •

٢ - ابو حنيفة عن حماد عن ابراهيم قال : اذا اختلعت امرأة من
زوجها وهو مريض فمات في مرضه فلا ميراث لها • اخرجه الامام محمد
بن الحسن في الآثار فرواه عن ابى حنيفة ثم قال محمد ، وبه نأخذ لانها
طلبت ذلك ، وهو قول ابى حنيفة (ر) •

(٢) جاء في المحلى لابن حزم (١٠ ٢١٨) « عن نافع مولى ابن عمر قال :
ان عبد الرحمن بن عوف طلق امرأة له كلبية في مرضه الذى مات فيه ،
فكلمه عثمان ليراجعها ، فتلكأ عليه عبد الرحمن ، فقال عثمان :
قد أعرف أنما طلقها كراهية أن ترث مع أم كلثوم ، وإنى والله
لاقسمن لها ميراثها وإن كانت أم كلثوم اختى » •

فصل

حلف عليها وهو صحيح

٦٣٨٠/ وإذا حلف عليها وهو صحيح فقال أنت طالق إن دخلت الدار ، أو صليت ثم وجد الشرط في المرض ، فكل ما لها منه بد فإنها لا ترث معه عندنا وكل ما لا بد لها منه كالصلاة وبر الوالدين فإنها ترث معه عندنا .

فصل

٦٣٨١/ ولو كان هذا معلقا على فعله ورثت سواء أكان ذلك ماله بد أو لا بد منه في قولهم .

٦٣٨٢/ وقال محمد بن الحسن إذا عقد اليمين وهو صحيح فإنها لا ترث .

٦٣٨٣/ وأجمع الجميع على أنه لو حلف وهو مريض وفعلته ثم عادت إلى الأول فإنها ترجع على ثلاث تطليقات وقد انهدم الطلاق عند أبي حنيفة وأبي يوسف وهو قول [ابن] عمر وإن مسعود^(١) .

(١) في جامع مسانيد الإمام (١٤٦/٢) ما يستفاد منه أنه قول ابن عمر وزاوية سعيد بن جبير عن ابن عباس وعن ابن عمر فقد جاء فيه : أبو حنيفة عن حماد عن سعيد بن جبير أنه قال : كنت جالسا عند عبد الله بن عتبة إذا أتاه آت يسأله عن رجل طلق امرأته تطليقتين ثم تركها حتى انقضت عدتها ثم تزوجت زوجا غيره فدخل بها ، ثم طلقها أو مات عنها ثم أراد الأول أن يتزوجها ، فقال لي : أسمعت فيها من ابن عمر شيئا ؟ فقلت لا ، ولكن سمعت ابن عباس (ر) يقول يهدم جماع الآخر الاثنتين والثلاث .

فقال : إذا لقيت ابن عمر فسله عن ذلك .

←

٦٣٨٤/ وقال محمد بن الحسن والشافعي تعود على ما بقي من الطلاق
• الاول

٦٣٨٥/ وهو قول عمر بن الخطاب رض الله عنه وابي هريره وابي
• بن كعب

فصل

طلق إحدى امرأتيه واشتبه عليه

٦٣٨٦/ واذا طلق احدى امرأتيه واشتبهت عليه فاليان اليه ، ولا
يحال بينهما •

٦٣٨٧/ وقال الشافعي يحال ، ولا فرق بين المعين ، وغير المعين ،
• من ذلك

فصل

وطيء إحداهما وإحداهما مطلقة

٦٣٨٨/ وان وطيء احداهما تعين الطلاق في الاخرى •

٦٣٨٩/ وقال الشافعي لا تعين بالوطء •

فصل

٦٣٩٠/ وان مات قبل اليان ورثا ميراث امرأة يكون بينهما ولا

فلقيت ابن عمر فسأله فقال مثل ما قال ابن عباس ... اخرج
الامام محمد بن الحسن في الآثار ، فرواه عن الامام ابي حنيفة ، ثم قال
وبهذا كله كان يأخذ أبو حنيفة • اما قولنا فهي على ما بقي من طلاقها اذا بقي
منه شيء ، وهو قول عمر بن الخطاب وعلى بن أبي طالب ومعاذ بن جبل
وأبي بن كعب وعمران بن حصين وأبي هريرة (ر) •

يوقف ذلك حتى يصطلحا •

٦٣٩١/ وقال الشافعي يوقف حتى يصطلحا •

فصل

٦٣٩٢/ وان ماتت احدى المراتين تعين الطلاق في الاخرى ، وليس له ان يطلق الميتة ويجعلها المطلقة •

فصل

عدد الطلاق بالنساء

٦٣٩٣/ وعدد الطلاق بالنساء والحررة ثلاث حرا كان زوجها أو عبدا والامة طلقثان حرا كان زوجها أو عبدا ، الطلاق ، والعدة بالنساء •

٦٣٩٤/ وقال الشافعي الطلاق بالرجال الحر يطلق ثلاثا والعبد طلقين

٦٣٩٥/ وأجمع الجميع ان النكاح يعتبر بالرجال الحر له أن يتزوج باربع ، والعبد باثنتين وقد مضت في النكاح •

باب

اختلاف الزوجين في الطلاق

فصل

٦٣٩٦/ واذا ادعت المرأة الطلاق على زوجها فانكر ما ادعت به ، ولا بينة لها ، فان القاضي يحلف الزوج ما طلقها ثلاثا في هذا النكاح الذي تدعى انك مقيم معها عليه ، وان شئت ما هي مطلقة منك ثلاثا بما ادعت •

٦٣٩٧/ وقال الحسن يحلف ما هي بائن منك اليوم بما ادعت في الطلاق ، وان شئت ما هي طالقة منك بما ادعت من الطلاق •

فصل

اختلاف الشاهدين في عدد الطلقات

٦٣٩٨/ وان اقامت بينة بأنه طلق فشهد احد الشاهدين انه طلق ثلاثا وشهد اخر انه طلق واحدة ، وهي تدعى الواحدة أو الثلاث فالشهادة باطلة عند أبي حنيفة لانهما اختلفا لفظا ومعنى •

٦٣٩٩/ وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي تطلق واحدة لاتفاقهما على ذلك ، وهذا كالالف والالفين ، وقد مضت •

فصل

شهد إحداهما بطلقة بائنة والآخر برجعية

٦٤٠٠/ ولو شهد أحدهما بطلقة بائنة وشهد الآخر برجعية جازت الشهادة على الرجعي في قولهم جميعا لانهما اتفقا على اللفظة والبيونة من صفتها تكون •

٦٤٠١/ ولو شهد احدهما انه قال لها ، انت حرام ، وشهد الآخر انه قال انت بائن أو حرام أو خلية فالشهادة في قولهم جميعا باطلة •

فصل

جهلا المطلقة بعينها

٦٤٠٢/ ولو شهد أنه طلق إحدى امرأتيه بعينها ثم جهلا ، ذلك ، فالشهادة باطلة عند أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد •

٦٤٠٣/ وقال زفر تجوز الشهادة ويقال له بين كما لو كانت بغير عينها أو أقر •

فصل

طلق امرأة بغير عينها

٦٤٠٤/ ولو شهد أنه طلق امرأته بغير عينها وله نساء فالشهادة جائزة في الاستحسان كما لو أقر .

فصل

إنكارهما شهادة الشهود بالطلاق الثلاث إلخ

٦٤٠٥/ ولو شهد الشهود بالطلاق الثلاث والزوج والمرأة ينكران فالشهادة جائزة ويفرق بينهما ، وهذا الاختلاف فيه نعلمه .

٦٤٠٦/ وكذلك الشهادة بعقوبة الأمة ، وهي المولى ينكران لأنه فرج وأمر بمعروف ونهى عن منكر .

٦٤٠٧/ واختلف في العبد فقال أبو حنيفة إذا كانا ينكران ذلك فالشهادة باطلة .

٦٤٠٨/ وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي العبد والأمة سواء .

٦٤٠٩/ وقد سمعت قاضي القضاة رحمه الله يحكي في العبد مل قولهما .

٦٤١٠/ والعبد إذا ادعى العتق وانكر المولى فإنه يحلف بأنه ما اعتقت هذا العبد . وفي الأمة يحلف ما اعتقتها في هذا الملك لأنها يجوز أن ترتد فتسي فيطراً عليها رق جديد وفي الرجل بخلاف ذلك .

فصل

طلق إحدى امرأتيه

٦٤١١/ وإذا طلق إحدى امرأتيه وحضرتا أو أحدهما تدعى أنها المطلقة فإن الحاكم يمدى عليه ، ولو كانت واحدة ان تخاصمه فإذا حلف

لها تعين الطلاق في الاخرى • وان نكل عن اليمين تعين الطلاق ، لان الطلاق يقع بدله عند ابي حنيفة • وقد قال بعض الفقهاء ، لا يصح الطلاق في مجهول لانها غير معروفة ، كما لا يصح النكاح والبيع •

فصل

٦٤١٢/ وان كان الطلاق قبل الدخول ومات ولم يبين فلها مهر ونصف لانه قد سقط بالطلاق نصف مهر واحدة وبقي النصف فوجب ان تكون لكل واحدة ثلاثة أرباع الصداق الذي تزوجها عليه لان النصف يسقط عليهما جميعا •

فصل

٦٤١٣/ والميراث بينهما بالسوية على ما مضى ، خلاف الشافعي •

فصل

٦٤١٤/ وعلى كل واحدة عدة كاملة اربعة اشهر وعشر لان احدهما زوجة والثانية غير زوجة والعدة يحتاط لها •

فصل

٦٤١٥/ ولو بين في حال الحياة فالعدة من يوم البيان في قول اصحابنا وقد اختلف ابو يوسف ومحمد فقال احدهما يقال له بين الطلاق وقال الاخر يقال له اوقع الطلاق على ايهما شئت • وقد ذكر الكرخي رحمه الله هذه المسائل ونظائرها وأحسن فيما جمع وقرب في المختصر •

فصل

تزوج المملوك

٦٤١٦/ وليس للحر ولا للحرّة أن يتزوج بمملوك يملكه أوله فيه

شركة • وقال أهل الظاهر يجوز

فصل

شراء الزوجة

٦٤١٧/ ومن اشترى زوجته الامة فسد النكاح بينهما بغير طلاق ، وله أن يطأها بملك اليمين ولا عدة عليها •

فصل

٦٤١٨/ ولو اراد أن يزوجها غيره وجب عليها عدة الامة حيضتان ان كانت من ذوات الحيض وشهر ونصف ان كانت من ذوات الشهور •

فصل

٦٤١٩/ وان كان طلقها قبل الشراء طلقتين لم تحل له حتى تنكح زوجا غيره • وقال مالك وغيره تحل له بعد الطلاق لان هذا سبب اخر في الاباحة كما لو باع امته ثم تزوجها حلت له •

فصل

اشترت زوجها

٦٤٢٠/ ولو كانت الحرة هي التي اشترت زوجها فسد نكاحها وعليها عدة الحرة •

فصل

طلاق الأخرس

٦٤٢١/ واتفق اصحابنا أن الاخرس اذا طلق وله اشارة معلومة ان طلاقه واقع وكذلك سائر العقود •

وقال بعض الفقهاء لا يصح طلاقه بالاشارة لانها ليست بكلام ، وهي

أقل من الكناية التي لا تبين ، وهو القياس عند بعض اصحابنا والنظر .

فصل

مقى وكلما

٦٤٢٢/ولو قال لزوجته انت طالق متى شئت فلها مشيئة واحدة ،
وان قال كلما شئت فلها ، ان تطلق واحدة بعد واحدة مادام النكاح موجودا .

فصل

صور من التعليق

٦٤٢٣/ولو قال انت طالق واحد أو عشرين وهي غير مدخول بها
وقعت عليها ثلاث وقال زفر واحدة لانها كلمة واحدة عندنا وعنده كلمتان .

فصل

٦٤٢٤/ولو قال أحد عشر طلقت ثلاثا .

فصل

ولو قال لزوجتيه اذا ولدتما فانتما طالقتان ، وكذلك اذا قال اذا حضتما
فهو مثل ذلك .

فصل

ولو قال أنت طالق اذا حضت فاقول قولها في ذلك ويقع الطلاق .
٦٤٢٥/ولو قال ان ولدت فانت طالق فقالت قد ولدت فمنهم من قال
هو مثل الحيض ويقبل قولها ومنهم من قال لا يقبل قولها بغير بينه .

فصل

الطلاق الموصوف

٦٤٢٦/ولو قال انت طالق مثل عظيم الجبل فهي طالق بائنة الا ان
ينوى ثلاثا .

فصل

٦٤٢٧/ولو قال ، انت طالقة كيف شئت •

قال أبو حنيفة قد وقعت واحدة ولها ان تجعل ذلك ثلاثا وبائنا •

وقال أبو يوسف لا يقع شيء وهذا مثل قوله ، ان شئت او حيث شئت
وهو قول الشافعي •

فصل

جعل الرجعية بائنة

٦٤٢٨/وقال أبو حنيفة ، واذا طلق طلقة رجعية فله ان يجعلها بائنة،
وليس له ان يجعلها ثلاثا •

وقال محمد لا تكون بائنة ولا ثلاثا •

فصل

طلاق الحامل والنفساء

والحامل تطلق للسنة عند أبي حنيفة وأبي يوسف في كل شهر تطليقة
وقال محمد وزفر لا تطلق الحامل الا واحدة للسنة لان طهرها واحد
والنفساء في سنة الطلاق كالحائض في الكراهة والوقوع لانه يمنع
الصلاة كالحيض •

فصل

٦٤٢٩/ولو قال الرجل لامرأته ان بشرتني بقدوم زيد فانت طالق
فأخبره بذلك غيرها ثم أخبرته هي بذلك لم تطلق لان البشارة هي اول
الخبر والثاني ليس ببشارة •

ولو قال ان اخبرتي بقدومه فاخبره جماعة ثم اخبرته بذلك وقع
الطلاق لان الثاني خبر • وكتاب الطلاق كبير وهو وكتاب الايمان يتقاربان
في الفروع والبر والحنث ، وذكر جميع ما فيه لا يمكن ، وفي الذي ذكرت
بعض من كل ، وسنذكر في كتاب الايمان في ذلك طرفاً اخر ان شاء الله •
ولما كان الطلاق ينقسم الى ما يوجب العدة وهو ما كان بعد الدخول
ومنه ما لا يوجب عدة وهو اذا كان قبل الخلوة وجب ان تذكر احكام العدد
ومواضع ثبوتها وسقوطها •

كتاب العدة

وهذا كتاب العدة (١)

٦٤٣٠ - اعلم أن العدة تخلف النكاح في المنع من الازواج ، والاصل في ذلك قوله تعالى :

(واحصوا العدة واتقوا الله ربكم لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الا أن يأتين بفاحشة مبينة (٢)) .

فصل

أنواع العدة

والعدة على ثلاثة أضرب

٦٤٣١ - عدة بالحيض

والثانية بالشهور

والثالثة بوضع الحمل

٦٤٣٢ - فعدة الحرة بالحيض ثلاث حيض وكذلك ان وطئت بشبهة لان حكم عدتها لا يختلف بالطلاق والوطء .

٦٤٣٣ - والعدة بالشهور على جزئين .

أحدهما أصل والثاني بدل

(١) العدة مأخوذة من العدد لاشتغالها على عدد من الاقراء أو الاشهر غالبا ، وهي في الشرع اسم لمدة تنريض فيها المرأة لمعرفة براءة زوجها أو للتعبد أو لتفجعهما على زوجها ، وشرعت صيانة للانساب وتحصينا لها من الاختلاط رعاية لحق الزوجين والولد والناكح الثاني (الاقناع في حل الفاظ أبي شجاع للشرييني ١٧٢/٢ - ١٧٣) .

فالاصل عدة الوفاة وهي اربعة اشهر وعشر في حق الحرة وشهران وخمسة أيام في حق الامة

وهذا قوله وقول الشافعي ومالك

فصل

٦٤٣٤ - ولا فرق بين الصغيرة والكبيرة ولا بين من دخل بها ولم يدخل بها في ذلك لانها تجب بسبب واحد وهو الموت •

والثاني من الضريين بالشهور بدلا من الحيض يتتصف في الطلاق والوطيء بشبهة في حق الصغيرة والامة وهو في حق الحرة ثلاثة أشهر وفي الامة شهر ونصف •

٦٤٣٥ - وقال اصحابنا عدة الامة بالحيض حيضتان •

٦٤٣٦ - وقد روى عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه أنه قال لو أستطعت لجعلتها حيضة ونصف حيضة وقال الاصم وابن علية لا عبسة بأمة ولا حرة (١) •

٦٤٣٧ - والعدة بالحيض ثلاث حيض وبالشهور ثلاثة أشهر ، لان الله تعالى لم يفصل بين الحرة والامة في العدة ولا بين الحر والعبد في الطلاق فيجب أن يكون الجميع سواء •

٦٤٣٨ - وقد روت عائشة وابن عمر رضى الله عنهما عن النبي صلى

(١) ذهب أهل الظاهر الى أن عدة الامة المتزوجة من الطلاق والوفاة كعدة الحرة سواء بسواء لعموم الآيات الواردة في هذا الموضوع (المحلى ٣٠٦/١٠) وفيه قد اختلف في هذا فروينا من طريق الحجاج •• عن عمرو أوس الثقفي أن عمر بن الخطاب قال : لو أستطعت أن أجعل عدة الامة حيضة ونصفا لفعلت •• الخ ••

الله عليه وسلم انه قال :

« طلاق الامة طلقتان وعدتها حيضتان^(١) ذكره ابو داود ما هو مذهب جماعة من الفقهاء » .

فصل

٦٤٣٩ - والعدة من يوم الطلاق والموت علمت الزوجة او لم تعلم ، ويحتسب بذلك وقد روى عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه انه قال من يوم تعلم ، لان العدة بسبب الطلاق والموت فيجب ان يعتبر السبب .

فصل

٦٤٤٠ - وهي في حق البائن والرجعية سواء لان كل واحدة مطلقة عقيب الوطى .

فصل

٦٤٤١ - والرجعية لا يحرم عليها الطيب والزينة ويحرم ذلك على البائن ، ولا تخرج من منزلها ولا يخرجها الزوج ليلا ولا نهارا وكذلك المتوفي عنها زوجها ، الا انها تخرج نهارا ولا تخرج ليلا .
وقال الشافعي ، المطلقة لا تجتنب الزينة وانما ذلك في المتوفي عنها زوجها .

(١) في جامع مسانيد الامام (١٣٩/٢) :

« ابو حنيفة عن عطية العوفي عن عبدالله بن عمر (ر) قال : قال رسول الله (ص) : طلاق الامة ثنتان وعدتها حيضتان . اخرجها ابو محمد البخاري عن صالح بن أبي رميح عن عبدالله بن أبي بكر بن أبي خيثمة أحمد بن محمد بن زهير عن هارون بن حميد عن الفضل بن عيينه عن أبي حنيفة . (ر) ١٠ هـ »

فصل

لا حداد على صغيرة

٦٤٤٢ - ولا حداد على صغيرة ولا كافرة •

وقال الشافعي ، عليها ذلك^(١) ، لأنها غير مطلقة وذلك يمنع من وجوب العبادات عليها ، وإنما منع الاولياء من التزويج لها عبادة في حقهم لا حقها •

فصل

العدة بالحمل

٦٤٤٣ - وأما العدة بالحمل فيستوى في ذلك الحرة والامة^(٢) والنفاس من الولد الاول والعدة تنقضي بالآخر عند أبي حنيفة •

٦٤٤٤ - وقال الشافعي النفاس والعدة من الآخر •

وقد روى عن سبيعة انها سألت ابا السنايل بن بعك عن الحامل اذا وضعت قبل أربعة أشهر وعشرا فقال لا ، حتى تمضي ، فذكرت للنبي صلى الله عليه وسلم فقال ، كذب أبو السنايل انكحي من شئت^(٣) •

(١) جاء في المحلى (٢٧٥/١٠) عدة الوفاة والاحداد فيها يلزم الصغيرة ولو في المهد وكذلك المجنونة ، وهو قول مالك والشافعي ، وقال أبو حنيفة عليها العدة ولا احداد عليها •

(٢) والقاعدة في ذلك كما صاغها ابن حزم (٢٦٣/١٠) «ان كانت المطلقة حاملا من الذى طلقها أو من زنا بها أو باكرها فعدتها وضع حملها ولو أثر طلاق زوجها لها بساعة أو أقل أو أكثر» •

(٣) جاء في المحلى لابن حزم (٢٦٥/١٠) عن ابى مسلمة عبدالرحمن بن عوف قال : بعثنا كريبا - وهو مولى ابن عباس - الى أم سلمة أم المؤمنين فجاءنا من عندها ان سبيعه وضعت بعد وفاة زوجها بايام ، فامرها

٦٤٤٥ - والمعتدة لا يجوز لاحد ان يتزوجها ولا يصرح بخطبتها
ولكن يلوح ويقول ، انك لحسنة ولي فيك رغبة لقوله تعالى : « لاجناح
عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء » الآية (١) .

فصل

بطلان نكاح المعتدة

٦٤٤٦ - واذا تزوجت المعتدة فالنكاح باطل ، ولا فرق بين العدة من
الطلاق البائن والرجعي والوفاء والوطىء بشبهه لقوله تعالى .
(ولا تمزوا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب اجله) (٢) .

فصل

٦٤٤٧ - فان دخل الزوج بها فلها الاقل مما سمي لها ومن مهر مثلها

فصل

٦٤٤٨ - وقال الشافعي لها مهر مثلها بالغا ما بلغ ، لان للتسمية حكما
فان كانا يعلمان بالتحريم فانهما يعزران عندنا .

٦٤٤٩ - وقال بعضهم يحدان ، لان العقد شبهة في اسقاط الحد .

→ رسول الله (ص) ان تتزوج .

وفي جامع مسانيد الامام (١٤٢/٢) « ابو جنيفة عن حماد عن ابراهيم
ان سبيعة بنت الحارث الاسلمية مات عنها زوجها فولدت لخمسة وعشرين
يوما (بسبع عشرة ليلة فمر بها أبو السنابل فقال لها : تزينت وتصنعت
تريدين الباءة ؟ كلا ورب الكعبة حتى يبلغ اقصى الاجلين .

فاتت رسول الله (ص) فقال : كذب أبو السنابل .

(١) و (٢) البقرة ٢/٢٣٥ .

فصل

٦٤٥٠ - ويجوز لهما بعد العدة ان يتزوجا •

وقال مالك بن أنس لا يتزوجها ابدا عقوبة له كيف استعجل ما اخره
الله كما يحرم القاتل الميراث ، وهو قول عمر بن الخطاب رض الله عنه ،
لان هذا الفعل لا يكون أكثر من الزنا •

فصل

٦٤٥١ - ويحتسب بما مضى من عدة الثاني بتمام عدة الاول ويتم عدة
الثاني ، وتتداخل العدتان عندنا •

٦٤٥٢ - وقال الشافعي لكل واحدة مفردة •

٦٤٥٣ - وانفق الفريقان أنها لو كانت حاملا من الاول او الثاني
فوضعت أن العدتين تنقضيان ولا تستأنف عدة اخرى لان مضي الزمان في
حق الجميع سواء •

فصل

طلاق الأمة وإعتاقها

٦٤٥٤ - واذا طلقت الامة وهي في العدة فاعتقت فان كان الطلاق
رجعيا انتقلت الى عدة الحرية لان الحرية حصلت وهي زوجة ، وان كان
الطلاق بائنا لم تنقل^(١) •

٦٤٥٥ - وقال الطحاوي تنقل في الوجهين^(٢) وهو قول الشافعي ،
وان كان العتق في عدة الوفاة فانها لا تنقل لانها بائنة في الزوج وقد
لزمها عدة الامة •

(١) مختصر الطحاوي ، ص ٢١٨ •

(٢) ليس لهذه العبارة ذكر في مختصر الطحاوي (ص ٢١٨) •

فصل

عدة أم الولد والمعتقة

- ٦٤٥٦ - والسيد اذا مات عن أم ولده او اعتقها فعدتها ثلاث حيض ان كانت من ذوات الحيض او ثلاثة اشهر ان كانت آيسة .
- ٦٤٥٧ - وقال مالك والشافعي عدتها حيضة واحدة .
- ٦٤٥٨ - وقال غيرهما ولا (؟) عدتها اربعة اشهر وعشر في الوفاة .

فصل

حيض الصغيرة بعد مضي جزء من عدتها

- ٦٤٥٩ - واذا مضى من عدة الصغيرة شهران ثم حاضت استأنفت العدة بالحيض لانها الاصل .
- ٦٤٦٠ - وقال الشافعي لا تستأنف وتعد بما مضى بقرء واحد .

فصل

معنى القرء

- ٦٤٦١ - والاقراء هي الحيض عندنا .
- ٦٤٦٢ - وقال الشافعي هي الاطهار .

فصل

انقطاع الحيض من حمل

- ٦٤٦٣ - ومن انقطع حيضها من حمل يعلم انه بها فهي في العدة حتى يعلم انها آيسة ثم تعد بعد ذلك بالشهور .
- ٦٤٦٤ - وقد روى عن اصحابنا في ذلك روايتان احدهما ان ذلك

مقدر بخمسين سنة وفي الاخرى بستين ثم تعد بالشهور على الروايتين جميعا

فصل

لا عدة على معتقة

٦٤٦٥ - ومن اعتق امته وقد كان يطأها فليس عليها ان تعد ولها ان تزوج من ساعتها [ولا عدة على الزانية] •
وقال غيرنا عليها العدة لأن العدة تجب لحفظ ماء الواطئ وماء الزاني لا حرمة له •

فصل

٦٤٦٦ - وان كانت حاملا لم يطأها الزوج وقد مضت في النكاح •

فصل

٦٤٦٧ - والاحداد على الامة اذا طلقت او مات عنها زوجها لانها مسلمة مكلفة •

فصل

٦٤٦٨ - ولا أحداد على أم ولد ، ولا في النكاح الفاسد لانها ليست عدة بسبب النكاح •

فصل

٦٤٦٩ - وليس للمعتدة ان تسافر مع غير ذي رحم محرم ما دامت في العدة ، وان طلقت في الطريق رجعت الى اقرب المواضع منها ، وقالا ترجع الى المصر ، لانه سفر بغير حاجة •

فصل

السفر بالمعتدة

٦٤٧٠ - وليس للزوج أن يسافر بالمعتدة الرجعية مخافة أن تنقضي العدة .

٦٤٧١ - وقال زفر له ذلك .

وهذا ينبغي على أن المسافرة لا يصير بها مراجعا عندنا ، وعند زفر يصير مراجعا .

فصل

المتوفي عنها زوجها

٦٤٧٢ - ولا سكن ولا نفقة للمتوفي عنها زوجها حاملا ، كانت أو حائلا خلاف ابن أبي ليلى ، لأن المال لغيرها .

فصل

المهاجرة إلينا

٦٤٧٣ - والمهاجرة إلينا بإسلام وذمة لأعدة عليها ولها أن تتزوج عند أبي حنيفة وعليها العدة عندهما .

٦٤٧٤ - وهو قول الشافعي ، وقد مضت في النكاح ، وإن كانت حاملا ففيها روايتان أحدهما أن تتزوج والثانية لا تتزوج لأنها حامل بولد ثابت النسب .

فصل

ولادة المعتدة بعد سنتين

٦٤٧٥ - وإذا أتت المعتدة بولد بعد سنتين لم يلحق بالزوج وترد نفقة

سنة أشهر أن كانت قبضت ذلك، وهذا بناء على أن أكثر مدة الحمل ستان •

٦٤٧٦ - وقال الشافعي اربع سنين وقال غيره سبع سنين وقال اهل
الظاهر تسعة أشهر ، واتفق الجميع على ان مدة الحمل ستة أشهر كوامل
لقوله تعالى ، وحمله وفصاله ثلاثون شهرا^(١) ثم قال وفصاله في عامين^(٢) •

فصل

العدة في النكاح الفاسد

٦٤٧٧ - والعدة في النكاح الفاسد من يوم يفرق بينهما •

وقال زفر من اخر وطأه لان حكم العقد قائم ما لم يقطعه
الحاكم ويرفعه •

فصل

موت زوجها ومولاها

٦٤٧٨ - وأم الولد إذا مات عنها زوجها ومولاها ولا يعلم أيهما مات أولا،
فاما أن يكون بين موتها شهران وخمسة أيام أو أقل من ذلك أو أكثر منه
أو يكون بينهما وقت مجهول ، فان كان أقل من ذلك فعليها ان تعتد أربعة
أشهر وعشرا من آخر موتها ، وليس عليها الحيض ، وان كان بينهما
ذلك القدر فصاعدا فعليهما أربعة أشهر وعشرا تستكمل فيها ثلاث حيض •
وان كان الوقت مجهولا فالجواب في قول أبي حنيفة مع الشهور وفي قولهما
تستكمل العدة أربعة أشهر وعشرا فيها ثلاث حيض ، ولما كانت العدة تمنع
النكاح في حال ولا تمنع في اخرى فان الذي له العدة لا يمنع نكاحهما اذا
كان من وطئ يشبهه أو طلاق لم يستوف عدده ، ولما كان الطلاق الرجعي
يجوز للزوجة فيه المراجعة على شرط وصفات وجب ان تذكر ذلك •

(٢) لقمان ٣١/١٤ •

(١) الاحقاف ٤٦/١٥ •

كتاب الرجعة

وهذا كتاب الرجعة^(١)

الأصل في الرجعة

٦٤٧٩ - والأصل في الرجعة قوله تعالى (لا تدرى لعل الله يحدث بعد ذلك أمرا)^(٢) يعنى الرجعة • وقد طلق النبي صلى الله عليه وسلم حفصة وسودة وارتجعهما ، وفيه اجماع العلماء على جواز الرجعة اذا لم يستوف عدد الطلاق ولم يكن بائنا •

فصل

٦٤٨٠ - والزوج أحق بها مالم تغسل من حيضتها الثالثة أو يمض عليها وقت صلاة أو يتم ، وتصلى به اذا كان حيضا أقل من عشرة فان تيممت ولم تصل فالرجعة بحالها عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، وقال محمد وزفر قد أنقطعت الرجعة •

وقد روى عن أبي حنيفة في الاملاء مثل ذلك •

(١) الرجعة بفتح الراء افصح من كسرها عند الجوهري ، والكسر أكثر عند الازهرى ، وهى لغة المرة من الرجوع •
وشرعا رد المرأة الى النكاح من طلاق غير نائن فى العدة على وجه مخصوص •

والاصل فيها قبل الاجماع قوله تعالى « وبعلتھن احق بردهن فى ذلك » أى فى العدة « ان اردوا أصلا » [البقرة ٢٢٨] أى رجعة •
وقوله (ص) أتانى جبريل فقال : راجع حفصة فانها صوامة قوامه ، وانها زوجتك فى الجنة ، الاقناع فى حل الفاظ أبى شجاع للشريينى •
١٥٨/٢ •

(٢) الطلاق ٦٥/١ •

٦٤٨١ - وان كان حيضها عشرة أيام فمضت فقد انقطعت الرجعة •
وان كانت نصرانية أو يهودية انقطعت الرجعة بانقطاع الدم في التي
أيامها أقل الحيض أو أكثر في قولهم جميعا •

فصل

وطء الرجعية

٦٤٨٢ - وللزوج أن يوطأ الرجعية وليس بمحرمة عندنا في إحدى
الروايتين ، وذكر الكرخي انها محرمة وهو قول الشافعي ، لانها زوجة
ترث وتورث فلا تحرم عليه •

فصل

الرجعة بالقول

٦٤٨٣ - وتصح الرجعة بالقول ، وهو ان يقول ، راجعتك الى
النكاح أو رددتك الى نكاحي ، وهذا لا خلاف فيه نعلمه •

فصل

الرجعة بغير القول

٦٤٨٤ - وان مسها بشهود او نظر الى فرجها بشهود فهو رجمه
عندنا ، وقال الشافعي لا تكون الرجعة الا بالقول ، والحكم اذا تعلق بمدة
كان لمن له الحق ان يبطله بقوله وفعله كمدة الخيار والوطء ادل من
القول على الرضا •

فصل

لا مهر بالرجعة

٦٤٨٥ - ولا يجب لها المهر اذا وطأها ، وقال الشافعي يجب في أحد
القولين لانها زوجة له ولم تبئن منه •

فصل

تطبيق الرجعة

٦٤٨٦ - ويجوز أن يطلقها بعوض وبغير عوض ويقع عليها صريح الطلاق ، وتدخل في جملة الزوجات في اليمين اذا قال نسائي طوالق .

فصل

صحة الرجعة بغير شهود

٦٤٨٧ - وتصح الرجعة بغير شهود

وقال الشافعي لا تصح الا بشهود في أحد قوله ، وقباس ذلك على النكاح ولو كانت كالنكاح لاحتاجت الى ولي ومهر واذن من جهتها .
ولها النفقة والسكن ما دامت في العدة باختلاف من أهل العلم .

فصل

نفقة العدة

٦٤٨٨ - ولها النفقة والسكن ما دامت في العدة بلا خلاف من أهل العلم .

فصل

لمن القول في المراجعة وانقضاء العدة

٦٤٨٩ - ولو قال لها ، راجعتك فقالت مجيبه له ، قد انقضت عدتي فالقول قولها عند أبي حنيفة ، ولا رجعة .

٦٤٩٠ - وقال أبو يوسف ومحمد صحت الرجعة ، ولو كانت أمة فقال الزوج راجعتها وصدقه المولى وكذبته الأمة فهي مصدقة ، ولا رجعة ، وقال يصدق الزوج والمولى لان قول الأمة في ذلك مقبول دون المولى في العدة فهي والحره سواء .

فصل

أقل ما تصدق فيه المعتدة

٦٤٩١ - أقل ما تصدق فيه المعتدة في انقضاء العدة شهران على قول أبي حنيفة واختلف عنه في التفسير ، فقال محمد يجعلها طاهرا خمسة عشر يوما ، وحائضا خمسة أيام وطاهرا خمسة عشر يوما وحائضا خمسة أيام وطاهرا خمسة عشر يوما وحائضا خمسة أيام يأخذ بأقل الطهر وحائضا عشرة أيام - وطاهرا خمسة عشر يوما وحائضا عشرة أيام فيبدأ بالحيض ويأخذ بأكثر الحيض وأقل الطهر .

٦٤٩٢ - وقال أبو يوسف ومحمد لا تصدق في أقل من تسعة وثلاثين يوما ثلاث حيض وخمسة عشر طهرا وثلاث حيض وخمسة عشر طهرا ونسلا ثلاث حيض .

٦٤٩٣ - وقال زفر لا تصدق في أقل من ثلاثة أشهر .

٦٤٩٤ - وقال الشافعي لا تصدق في أقل من اثني وثلاثين يوما ولحيضتين لأنه يجعل أقل الحيض يوما وليلة وأقل الطهر كما ذكرنا .

فصل

أقل ما تصدق فيه النفساء

٦٤٩٥ - وإن كانت نفساء لم تصدق في رواية الحسن في أقل من مائة يوم ، وفي رواية محمد في أقل من خمسة وثلاثين يوما .

٦٤٩٦ - وقال أبو يوسف لا تصدق في أقل من خمسة وستين يوما لأنه يجعلها نفساء أحد عشر يوما ، وقال محمد لا تصدق في أقل من أربعة وخمسين يوما ولحظة .

وإذا قد ذكرنا حكم الرجعة وكان الرجل يجوز أن يحلف على الزوجة تارة بان لا يطأها وتارة يحلف على المعتدة وجب أن نذكر حكم اليمين على ذلك وكيفية القول فيها .

كتاب الإيلاء

وهذا كتاب الإيلاء^(١)

دليل الإيلاء

٦٤٩٧ - اعلم أن الإيلاء أمر ورد به الشرع نطق به القرآن ، قال الله تعالى « للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر وان فإؤا فان الله غفور رحيم ، وان عزموا الطلاق فان الله سميع عليم »^(٢) .

والإيلاء هو الحلف في اللغة وعزيمة الطلاق عند اصحابنا هو ترك جماعها باليمن أربعة أشهر فان أنقضت قبل ان يجامع بانت .

فصل

الفيء^(٣)

٦٤٩٨ - والفيء الجماع في الأربعة أشهر وقد روى ذلك عن عبدالله بن مسعود وابن عباس وزيد بن ثابت وعثمان بن عفان ، واحدى الروايتين عن علي بن أبي طالب رضى الله عنهم أجمعين .

(١) صورة الإيلاء فقها ان يقول الرجل لامرأته : والله لا أقربك أو يقول : والله لا أقربك أربعة أشهر : فهو في الحالين قول . والإيلاء لغة هو الحلف كما ذكر السمناني . وقد كان الإيلاء طلاقا في الجاهلية فعكس الشرع بتأجيله الى أنقضاء المدة (بداية المجتهد ١٢/٢) .
وقد جاء في الأقناع في حل الفاظ ابى شجاع (٢/١٦٠ - ١٦١) ان الإيلاء شرعا حلف زوج يصح طلاقه على امتناعه من وطء زوجته مطلقا أو فوق أربعة أشهر .

(٢) البقرة ٢/٢٢٦ .

(٣) ما ذكره السمناني هو المعنى الفقهي لهذا المصطلح في هذا الباب أما معنى الفيء لغة فهو الرجوع ومنه الآية « حتى تفيء الى أمر الله » اي ترجع .

فصل

مدة الإيلاء

٦٤٩٩ - فكل يمين منعت جماع حرة أربعة أشهر فصاعدا لا يحنت يلزمه (كذا) فهو مول • وفي الامة النصف من هذه المدة فصاعدا •
واذا كان لا يمنع في الحرية أربعة أشهر وفي الامة شهران لم يكن موليا
٦٥٠٠ - وقال الشافعي الامة والحرّة في العدة سواء ، واتفق الجميع على أنّهما في العدة يختلفان ، وهي مدة ثبت ابتداؤها بقول الزوج يتعقبها بينونة وفرقة •

فصل

الحلف على ترك الكلام

٦٥٠١ - واتفق العلماء على انه لا يكون موليا بالحلف على ترك الكلام ولا المساكنة ولا بغير الجماع ، وان المراد بالآية الجماع في الفرج خاصة ، ولا بد من ذكر المدة وما زاد عليها ليكون ذلك إيلاء •
٦٥٠٢ - وقد روى عن ابراهيم النخعي انه لا يحتاج الى مدة مقدرة في الإيلاء والاجماع بخلافه أو الحكم مستفاد بالنص ، وهو مقدر بما ذكرناه •

فصل

لا إيلاء من الأجنبية

٦٥٠٣ - والآية تدل على انه لا يكون موليا من الاجنبية لانها ليست من نسائه •

فصل

معيار المولى

٦٥٠٤ - وتدل على أن من لا يلزمه حنث ليس بمول •

فصل

المدة

٦٥٠٥ - وتدل على ان المدة اذا كان يحل جزء منها لا تأثير لها في
الينونة انه لا يكون مولا .

فصل

عزيمة الطلاق

٦٥٠٦ - وعزيمة الطلاق هو ترك جماعها في المدة ، وقال الشافعي ،
هو أن يطالب بالفيء او الطلاق بعد المدة .

٦٥٠٧ - ولا خلاف انه اذا وطئ في المدة حنت وسقوط الإيلاء بعد
المدة لا يثبت له هذا الحكم .

٦٥٠٨ - وقد تقرر في الشرع واللغة ان العزم غير المعزوم عليه ،
واذا كان غيره فتحن نقول هو ترك الوطئ في المدة ، وهم يقولون هو
المطالبة بالطلاق ، وكل منا يدعى غير الظاهر ، وما قلناه مجمع على اعتباره .

فصل

الفيء بعد الأربعة أشهر

٦٥٠٩ - وليس الفيء بعد الأربعة اشهر فينا لان الفقهاء اجمعوا على
ان الجماع في المدة فيء ، واختلفوا فيما بعدها ، ولم تدل الآية عليه فيجب
ان يكون قوله ، فان فاؤا بعد اليمين لا بعد المدة .

فصل

مضى مدة الإيلاء

٦٥١٠ - واذا مضت المدة بانت بطلقة واحدة لان المدة التي خير

الزوج بين رفع حكمها وتبقيّة حكمها لا تبين عيب بتعقبها البيونة بالعدة .
٦٥١١ - وهذا حال المولى وقد قال الشافعى ومالك لا يبين ويوط
بالفء أو بالطلاق .

فصل

تأجيل المولى

٦٥١٢ - وقد روى عن الشافعى انه قال يؤجل ثلاثة ايام كأجل
قوم نمود .
٦٥١٣ - وقال بعض مخالفه ان هذا الحكم من حكم قوم نمود ،
وأستطرف هذا الاحتجاج .
٦٥١٤ - وقال الشافعى رجعى ولو كان رجعى لم يقدر ان يصل الى
حقها من الوطىء فصار اذا طلق المولى زوجته المولى منها طلاقاً رجعىاً
أحتسبت عليه المدة كأنه لم يطلق .
٦٥١٥ - وقال الشافعى لا يحتسب بايام المدة لانها زوجة له لم تبين منه

فصل

كيفية الفء

٦٥١٦ - ولو هربت أو مرضت فانه يحتسب عليه بذلك في الحكم ،
فان لم يقدر على الوصول فبلسانه عندنا ولا يلزمه حكم الطلاق .
٦٥١٧ - وقال المخالف ، لا يكون الفء بغير الجماع ، وهو قسور
مالك واحد قوله .

فصل

آلى من امرأتين

٦٥١٨ - ولو قال لامرأتين له :

والله لا اقربكما ، فهو قول منهما في الاستحسان ، وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد .

٦٥١٩ - وقال زفر لا يكون موليا وهو القياس .

٦٥٢٠ - وقال المخالف لانه يمكنه الوصول الى الاخرى بغير حجب يلزمه فان قرب احدهما فهو مول من الاخرى في قولهم جميعا .

فصل

سنة إلا يوما

٦٥٢١ - ولو قال والله لا قربتك سنة الا يوما فانه لا يكون موليا لان له أن يجعل ذلك اليوم أى يوم شاء في الاربعة عند علمائنا الثلاثة .

٦٥٢٢ - وقال زفر يكون موليا لان الاستثناء يكون من آخر السنة .

فصل

مضى ثمانية أشهر

٦٥٢٣ - وان مضى من السنة مقدار ثمانية أشهر وبقي أربعة فهو مول في قولهم جميعا .

فصل

ألى من واحدة بغير عينها

٦٥٢٤ - ولو كان له أربع نسوة فألى من واحدة بغير عينها فهو مول من واحدة بغير عينها فان مضت المدة بانت واحدة بغير عينها ، وله ان يعين ذلك .

فصل

صيغة الإيلاء

٦٥٢٥ - ولا يكون موليا الا بالخلف على الجماع في الفرج خاصة

فان حلف على غير ذلك من القرب فليس بمول كمن قال ، والله لاس جلدى جلدك أو ضاجعتك وان كان عل الموضع المكروه لا يكون موليا .

فصل

تزوجها بعد مضي مدة الإيلاء والعدة

٦٥٢٦ - واذا مضت مدة الايلاء وانقضت العدة ثم تزوجها عادت اليمين ويقع بمضي المدة طلقة اخرى ، وكذلك اذا تزوج دفعة اخرى ، فاذا وقت الثلاث وبانت ثم تزوجها بعد زوج لم يعد حكم الآبه لان طلاق ذلك الملك قد زال .

٦٥٢٧ - وقال زفر يعود ما دام حكم اليمين باقيا .

فصل

آلى منها ثم أبانها

٦٥٢٨ - واتفق اصحابنا انه لو آلى منها ثم أبانها فمضت المدة وهي في العدة أنه يقع عليها اخرى بالايلاء ، ولو كان الطلاق البائن ، اولا ثم آلى لم يصح الايلاء لان الاول مستحق عليه .

باب اليمين التي يكون بها

الحالف مولياً

فصل

حلف باسم من أسماء الله تعالى

٦٥٢٩ - وجملة ذلك أنه اذا حلف باسم من اسمائه كقوله والله والرحمن والرحيم والجليل والكبير والقادر واللطيف والخير وسائر اسمائه في ذلك سواء .

وكذلك لو قال وعزة الله وعظمة الله وجلال الله وكبريائه •

وكذلك قوله بالله وتالله وايم الله •

وأقسم أو أقسم بالله أو أحلف أو أحلف بالله أو أشهد أو أشهد بالله فهذا كله ايمان وعليه الكفارة اذا اوطأ •

وكذلك عهد الله أو ميثاقه أو ذمته وهو برىء من الاسلام أو يهودي أو نصراني أو مجوسي •

٦٥٣٠ - وقد خالف الشافعي فيما عدا اسم الله وصفاته •

وقال لا يكون حالفاً وسنذكر ذلك في كتاب الايمان ان شاء الله •

فصل

حلف بحجة أو عمرة إلخ

٦٥٣١ - وان حلف بحجة أو عمرة أو صدقة أو قال على كفارة يمين أو على صيام أو اعتكاف أو فعندي فلان حر أو زوجتي فلانة طالق أو هي على كظهر أمي أو انت طالق أو أنت على كظهر أمي فهو مول^(١) •

فصل

صيغ لا إيلاء فيها

٦٥٣٢ - ولو قال ، فله على ان أصلي ركعتين أو اربعا لم يكن مولاً

(١) الهداية ١٣/٢ وقد عُلل الحلف بهذه الاشياء بتحقيق المنع باليمين وهو ذكر الشرط والجزاء ، وهذه الاجزية مانعة لما فيها من المشقة •
١ هـ وفي الهداية ايضا أن صورة الحلف بالعتق ان يعلق بقربانها عتق عبده ، وفيه خلاف أبي يوسف (ر) فانه يقول :
يمكنه البيع ثم القربان فلا يلزمه شيء ، وهذا يقولان :
البيع موهوم فلا يمنع المانعيه فيه ١٠ هـ

عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، وكان موليا عند زفر ومحمد والحسن
بن زياد .

فصل تكرار الإيلاء

٦٥٣٣ وان آلى في مجلس واحد ثلاث مرات فان اراد التكرار فهو
إيلاء واحد وان اراد التغليظ في اليمين ثم قربها فعليه ثلاث كفارات عند
اصحابنا جميعا .

واذا مضت المدة وقع عليها ثلاث تطليقات في القياس ، وهو قول زفر
ومحمد .

٦٥٣٤ - وقال أبو حنيفة وأبو يوسف يقع عليها طلاق واحدة
أستحسانا .

فصل إن قربتك فأنت حرام

٦٥٣٥ - ولو قال لها :

ان قربتك فانت على حرام ولا ينوى الطلاق فهو مول في الحال عند
أبي حنيفة ، وقالوا لا يكون موليا اذا قربها ، وان اراد بالحرام الطلاق
فهو مول في قولهم جميعا .

فصل آلى من أربع نسوة

٦٥٣٦ - ولو الى من اربع نسوة فقال :

والله لا اقربكن ، يكون موليا منهن .

٦٥٣٧ - وقال زفر لا يكون موليا ما لم يقرب الثلاث فاذا قسرب
الثلاث صار موليا من الرابعة •

فصل

إيلاء أهل الذمة

٦٥٣٨ - وإذا آلى الذمي ، فإن حلف بالطلاق والعناق فهو مول في
قولهم جميعا وإن حلف بالصيام أو الحج والعمره لا يكون موليا بائنا وإن
آلى باسم الله أو صفة له فهو مول عند أبي حنيفة لقوله تعالى (يولون
من نسائهم) وهو عام •

٦٥٣٩ - وقال أبو يوسف ومحمد لا يكون موليا •

٦٥٤٠ - وقد ذكر الكرخي في المختصر أن الحسن بن زياد روى
عن أبي حنيفة التسوية بين المسلم والذمي في الإيلاء •
قال وأجمع الرواة على خلافه •

فصل

طالق قبل أن أتزوجك

٦٥٤١ - واتفق أصحابنا أنه لو قال لاجنيه

أنت طالق قبل أن أتزوجك ثم تزوج أنها لا تطلق لأنه موقع الطلاق
في الحال •

فصل

إذا تزوجت بك

٦٥٤٢ - ولو قال ، إذا تزوجت بك فانت طالق قبل ذلك •
قال أبو حنيفة ومحمد هو مثل الاول •

٦٥٤٣ - وقال ابو يوسف يقع الطلاق اذا تزوج +

ومسائل الايلاء كثيرة وفروعه عسيرة وفي الذي ذكرت اصوله وبعض فروعه ، ولما كان موجب الايلاء الكفارة ، وكان الظهار في معنى الايلاء في باب الكفارة ، وهو مستفاد بالنكاح ولا يصح حكمه الا فيه ، وجب ان نذكره .

كتاب الظهار

وهذا كتاب الظهار (١)

الآثار المروية في الظهار

٦٥٤٤ - قال أصحابنا الظهار كان طلاقاً في الجاهلية ثم نقله الشرع الى الكفارة اذا عاد (٢) ، وقد روى في سبب ذلك ان اويس من الصامت كان يذكر ذلك مع امرأته خولة (٣) حتى نزلت اية المجادلة قال تعالى .

(١) الظهار في الفقه ان يقول الرجل لامرأته : أنت علي كظهر أمي ، وحكمه ان تحرم عليه فلا يحل له وطؤها ولا مسها ولا تقبيلها حتى يكفر عن ظهاره (الهداية ١٧/٢) .

(٢) كذا ايضا في الهداية (١٧/٢) ومنها ان الشرع قرر اصله ونقل حكمه الى تحريم موقت بالكفارة غير مزيل للنكاح ، وهذا لانه جنائية ، لكونه منكراً من القول وزوراً فيناسب المجازاة عليها بالحرمة ١٠ هـ .

فالجزاء هنا يقوم على أسس خلقية هي تهذيب العابثين باحكام الشرع وفي الاقتناع في حل الفاظ ابي شجاع للشرييني (١٦٤/٢) :

الظهار لغة مأخوذ من الظهر ، لان صورته الاصلية ان يقول الرجل لزوجته أنت علي كظهر أمي ، وخصوا الظهر دون غيره لانه موضع الركوب والمرأة مركوب الزوج ، وكان طلاقاً في الجاهلية كالايلاء فغير الشرع حكمه الى تحريمها بعد العود ولزوم الكفارة » .

(٣) جاء في بداية المجتهد (٨٥/٢) ان السنة الواردة في الظهار «حديث خولة بنت مالك بن ثعلبة » ، قالت :

ظاهر مني زوجي اويس بن الصامت ، فجنحت رسول الله (ص) اشكو اليه ، ورسول الله يجادلني ويقول اتقى الله فانه ابن عمك ، فما خرجت حتى أنزل الله « قد سمع الله قول التي تجادلك في زوجها وتشتكي الى الله ، والله يسمع تحاوركما » الايات ، فقال ليعتق رقبة ، قالت : لا يجد قال فيصوم شهرين متتابعين ، قالت يا رسول الله انه شيخ كبير فابنه من صيام ، قال فليطعم ستين مسكينا ، قالت ما عنده من شيء يتصدق به ، قال : فاني ساعينه بعرق من تمر ، قالت وانا اعينه بعرق آخر ، قال : لقد أحسننت ، اذهبي فاطعمي عنه ستين مسكينا ، خرجه ابو داود . وحديث مسلم بن صخر البياضي عن النبي (ص) ١٠ هـ .

« قد سمع الله قول التي تجادلك في زوجها وتشتكى الى الله ، والله يسمع تحاوركما » الى قوله « والذين يظاهرون من نسائهم ، ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبه من قبل ان يتماسا ذلك توعظون به والله بما تعملون خير فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل ان يتماسا فمن لم يستطع فإطعام ستين مسكينا » (١) .

فصل

دلالة آية الظهار

٦٥٤٥ - وقد دلت الآية على وجوه من الفقه كثيرة منها •
انها خطاب للمسلمين لانها بكاف المواجهة وهي واردة على سبب في المسلمين •

٦٥٤٦ - وقال الشافعي يدخل في ذلك الذمي والمسلم جميعا ، وعندنا لا يدخل في الخطاب ولا يصح ظهاره لانه لا يصح منه التكفير بالصوم فهو كالصبي والمجنون ، ويكفي ان لا يرد دليل بصحة الظهار منه في نفي وجوبه

فصل

لا يقربها حتى يكفر

٦٥٤٧ - ودلت الآية على انه لا يجوز أن يقربها حتى يكفر لانه قال من قبل أن يتماسا •
٦٥٤٨ - وقال الثوري يجوز •

فصل

الصوم بدل من العتق

٦٥٤٩ - ودلت على أن الصوم بدل من العتق لانه لا يجوز مع القدرة على العتق •

(١) المجادلة ٥٨ •

فصل

عدم القدرة

٦٥٥٠ - ولا فرق بين من لم يقدر على ذلك لاجل العدم المشاهد أو من طريق الحكم كالعبد والمكاتب فإنه لا يقدر على ذلك لأنه لا يملك المال ويجزيه الصيام •

فصل

صيام شهرين

٦٥٥١ - ودلت الآية على أنه لا يطاق إلا بعد صيام شهرين لا ميسر فيهما ولا قبلهما فإذا وجد الميسر قبلهما أمكن أن يفعل الصوم على الوجه الآخر •

وهذا قول أبي حنيفة ومحمد :

٦٥٥٢ - وقال أبو يوسف والشافعي لو وطأ المظاهر منها ليلاً عامداً أو نهراً ساهياً فإنه يبنى ولا يستأنف ، والآية حجة عليهما من الوجه الذي ذكرناه •

فصل

متى يقرب

٦٥٥٣ - ودلت الآية على أنه إذا لم يقدر على العتق ولم يستطع الصيام أنه يجوز له الميسر قبل الاطعام لأن الله تعالى لم يشترط عدم الميسر في الاطعام •

٦٥٥٤ - وقال الشافعي الجميع سواء ولا يقرب حتى يكفر بالجميع •

فصل

التوبة والاستغفار

- ٦٥٥٥ - ودلت الآية على انه اذا قربها قبل المسيس انه لاشيء عليه
اخر من كفارة ولا غيرها وانما عليه التوبة والاستغفار •

فصل

المسيس

- ٦٥٥٦ - ودلت الآية على انه لايمسس لشهوة كما لايطأ لان ذلك
عام في كل مسيس •

فصل

ما يدخل في الرقة

- ٦٥٥٧ - ودلت الآية على جواز عتق ما يسمى رقة فيدخل في ذلك
المقطوع اليد والخصى عندنا •
٦٥٥٨ - وقال الشافعي لا يجزيه ، وهو قول زفر •
٦٥٥٩ - لان منفعة الجنس باقية •

فصل

عتق الكافر

- ٦٥٦٠ - ودلت على جواز عتق الكافر لان الآية مطلقة لم يشترط
فيها ايمان •
٦٥٦١ - وقال الشافعي لا يجزيه عتق الكافر •

فصل

عتق الفاسق والصغير

٦٥٦٢ - واجمع الفريقان أن الفاسق يجزى في ذلك ، وكذلك الصغير من العبد •

٦٥٦٣ - وقد حكى أبو الحسن على بن موسى القمي في احكام القرآن له ان من التل من قال :

لا يجزى الفاسق ولا الصغير في القتل ولا في الكفارة •

فصل

الظهار من الذمية

٦٥٦٤ - واجمعوا ان الظهار من المرأة الذمية كالظهار من المسلمة لانها من نسائنا فدخلت تحت الآية •

فصل

عتق المكاتب

٦٥٦٥ - ودلت الآية على جواز عتق المكاتب لانه حرر رقبة •

٦٥٦٦ - وقال الشافعي لا يجزى •

فصل

مكاتب أدّى بعض نجوم الكتابة

٦٥٦٧ - ولو كان قد ادى بعض نجوم الكتابة لم يجزه •

٦٥٦٨ - وسمعت قاضي القضاة^(١) رحمه الله يحكى في ذلك رواية اخرى أنه يجزى •

(١) يشير الى شيخه الدامغانى

فصل

عتق عبد اشتراه على الكفارة

٦٥٦٩ - ودلت الآية على جواز عتق العبد الذي اشتراه على أن يعتقه على الكفارة .

٦٥٧٠ - وقال الشافعي لا يجزيه .

فصل

عتق ذي الرحم

٦٥٧١ - ودلت على جواز عتق ذي الرحم إذا اشتراه بنوى به الكفارة لانه حرر رقبة في الكفارة يعني قارن العتق .

٦٥٧٢ - وقال زفر والشافعي لا يجزيه^(١) من الكفارة (لانه)^(٢) يعتق بالنسب .

فصل

عتق نصيب

٦٥٧٣ - ودلت الآية على أن احد الشريكين اذا اعتق نصيبه عن الكفارة ثم ضمن النصف أنه لا يجزيه لانه لم يحرر رقبة وانما حرر بعضها .
٦٥٧٤ - وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي أن كان موسرا اجزاه بناء على اصلهما أن العتق يسرى في الكل .
٦٥٧٥ - وأبو حنيفة عنده ان من اعتق النصف لا يعتق الكل لسو

(١) وقد جاء في بداية المجتهد ٩٢/٢ « اختلف مالك والشافعي مع ابي حنيفة في اجزاء عتق من يعتق عليه بالنسب ، فقال مالك والشافعي لا يجزى عنه ، وقال أبو حنيفة اذا نوى به عتقه عن ظهار اجزاه » .
(٢) في النسخ المختلفة : الا ، والسياق يقتضى ما اثبتناه .

انفرد في ملكه •

فصل

عتق نصف رقتين

٦٥٧٦ - ودلت الآية على انه لو أعتق نصف رقتين لا يجزيه لانه لم يحرر رقة ، وذلك عبارة عن شخص واحد من طريق المشاهدة •

٦٥٧٧ - وقال الشافعي يجزيه •

فصل

قوله أعتق عبدك

٦٥٧٨ - ودلت الآية على ان من قال لغيره ، اعتق عبدك عن كفارتي فاعتقه أنه لا يجزيه لانه لم يحرر رقة وانما حررها غيره •

٦٥٧٩ - وقال أبو يوسف يقع عن الامر بالقيمة •

٦٥٨٠ - وقال الشافعي عن الامر بغير عوض •

فصل

صرف أعتاق من عليه عدة كفارات

٦٥٨١ - ودلت الآية على ان من عليه كفارات من أجانس فاعتق بنوي واحدة منها جاز لانه حرر رقة •

وقال الشافعي لا يجزيه حتى يعين باللفظ •

فصل

٦٥٨٢ - ودلت الآية على انه [ان] أعتق لم ينو واحدة بعينها انه لا يجزيه ذلك عن الكفارة •

٦٥٨٣ - وقال غيرنا يجزيه ان يصرف ذلك الى ما شاء مما عليه كمن عليه ديون بأسباب مختلفة فدفع قدر بعضها^(١) .

فصل

ودلت الآية على أن الكفارات اذا كانت من جنس واحد يجزيه لانه قد حرر رقبة مما عليه من الرقاب .

فصل

المعتبر في الكفارة

٦٥٨٤ - وذلت الآية ان المعتبر في الكفارة بحالة الاداء لاحالة الحلف ولا حالة الحنث خلاف من يعتبر حالة الحنث ، وهو الشافعي .

فصل

توقيت الظهار وإطلاقه

٦٥٨٥ - ودلت الآية على صحة الظهار موقتا ومطلقا لانها عامة .
٦٥٨٦ - وقال الشافعي لا يصح الظهار موقتا ، وقد اجمعوا على صحة اليمين مطلقة وموقته ، والظهار يمين يجب بها كفارة .

فصل

ظاهر من نسائه بكلمة واحدة

٦٥٨٧ - ودلت الآية على أنه اذا ظاهر من نسائه بكلمة واحدة انه يكون من الجميع مظاهرا ويلزمه لكل واحدة كفارة لان الآية دلت على من ظاهر أمراؤه من جملة النساء .

(١) هذه القاعدة عامة في أن صرف المدفوع الى أحد الديون هو حق من حقوق المدين بعدة ديون اذا اوفى جزءا مما عليه .

٦٥٨٨ - وقال الشافعي يلزمه كفارة واحدة في احد قوله .

فصل

ظهار السكران

٦٥٨٩ - ودلت الآية على صحة ظهار السكران لوجود لفظ الظهار منه .

٦٥٩٠ - وقال الشافعي لا يصح ظهاره في احد قوله ، كما قال في طلاقه .

فصل

إضافة الظهار إلى عضو

٦٥٩١ - ودلت الآية على أنه اذا أضاف الظهار الى عضو لا يعبر به عن جميع البدن انه لا يصح لانه لم يظاهر من النساء من اتربة (كذا) وأنه يظاهر بشعرها .

فصل

إضافة الظهار إلى الملك

٦٥٩٢ - ودلت الآية على صحة اضافة الظهار الى الملك لانه ظاهر بعد التزويج .

٦٥٩٣ - وقال الشافعي لا يصح كما قال زفر في الطلاق .

فصل

إضافة الظهار إلى وجه أمه

٦٥٩٤ - ودلت الآية على انه ، اذا [اضاف الظهار الى] وجه أمه أو رجلها أو عضو يجوز له النظر اليه أنه لا يكون مظاهرا ، خلافه يكون مظاهرا .

فصل

الظهار بمن لا يحل له وطؤها

٦٥٩٥ - ودلت الآية على انه اذا ظاهر بمن لا يحل له وطؤها على التأييد بسبب أو نسب أنه ظهار كما يكون بالام والجدة لانه قال يظاهرون من نسائهم وعم ولم يخص في هذه الآية بالظهار .

٦٥٩٦ - وقال الشافعي يختص بالام والجدة وفيمن سوى ذلك قولان

فصل

مظاهر ينوى الطلاق

٦٥٩٧ - ودلت الآية على انه اذا قال ، انت على حرام كظهر أمي ينوى الطلاق أنه لا يكون طلاقا لان هذا حقيقة في الظهار فلا يقع به الطلاق وقال محمد والشافعي يكون طلاقا .

فصل

الطلاق ليس بظهار

٦٥٩٨ - واتفق الجميع انه لو قال أنت طالق ونوى به الظهار لا يكون ظهارا .
ودلت الآية على أبطال قول أبي يوسف انه يكون طلاقا وظهارا لان الله تعالى جعل ذلك ظهارا فحسب .

فصل

تكرير لفظ الظهار

٦٥٩٩ - ودلت الآية على أنه اذا كرر لفظ الظهار ولم يكن له نية أو نوى الاول انه يكون ظهارا واحدا لانه لم يفصل بين ان يكرر القول أو يقوله مرة واحدة .

٦٦٠٠ - وقال الشافعي في أحد قولي يكرر كما لو نوى التكرار .

فصل

مضى نجس كفارة الظهار

٦٦٠١ - ودلت الآية على أن الكفارة لا تجب بنفس الظهار لأنه شرط العود^(١) .

فصل

العود في الظهار

٦٦٠٢ - ودلت على أن العود ليس هو أمسакها زمانا يمكنه الطلاق لأنه قال ثم يعودون لما قالوا ، والامساك ليس يعود لما قالوا .
٦٦٠٣ - خلاف الشافعي^(٢) .

(١) جاء في بداية المجتهد (٨٦/٢) أن الجمهور على أن الكفارة لا تجب في الظهار دون العود وشذ مجاهد وطاوس فقلا تجب دون العود ، ودليل الجمهور قوله تعالى (والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبته) . وهو نص في معنى وجوب تعلق الكفارة بالعود ١٠ هـ

(٢) اكتفى السمناني هنا بالرد على ما ذهب إليه الشافعي من أن العود هو الامساك نفسه ولم يشر إلى سائر معاني العود في آية الظهار ، فإلى جانب المعنى المذكور ذهب فريق من الفقهاء إلى أن العود هو أن يعزم على أمسакها والوطء معا (رواية عن مالك) وفريق آخر إلى أن العود هو أن يعزم على وطئها فقط (الرواية الصحيحة المشهورة عن مالك عند أصحابه وقول أبي حنيفة وإحمد) كما ذهب آخرون إلى أن العود هو نفس الوطء (اضعف الروايات عن مالك) وذهب داود وأهل الظاهر إلى أن العود هو أن يكرر لفظ الظهار ثانية ، ومتى لم يفعل ذلك فليس بعائد (بداية المجتهد ٨٦/٢ - ٨٧) .

فصل الظهار من الأمة

٦٦٠٤ - ودلت الآية على ان الظهار من الامة لا يصح لانها ليست من نسائنا وهو قول الشافعي .

٦٦٠٥ - وقال مالك يصح لانه يقال نساء فلان وان كن اماء .

فصل مثل أمي

٦٦٠٦ - وقال أبو حنيفة لو قال لامرأته أنت على مثل أمي ولا نية له أنه ليس بشيء وان نوى الطلاق فهو طلاق وان نوى الظهار فهو ظهار وان نوى اليمين فهو ايلاء .

٦٦٠٧ - وقال أبو يوسف اذا لم يكن له نية فهو ايلاء ويمين ، وقال محمد بن الحسن هو ظهار .

فصل ظاهر ثم ارتد ثم عاد

٦٦٠٨ - ودلت الآية على أن المسلم اذا ظاهر ثم ارتد عن الاسلام ثم عاد اليه ان الظهار باق .

٦٦٠٩ - وقال أبو يوسف ومحمد قد بطل الظهار ، وكذلك الخلاف فيه اذا ارتد الزوج وحده ، ثم عاد وتزوجها وهذا من اعجاز القرآن ان تدل آية واحدة على هذه الجملة المتقدمة .

واذا قد ذكرنا الظهار وشبهه بالايلاء ، وكان اللعان يثبت بين الزوجين عند التخاصم والقذف ، وله حكم يتعلق بهما في الحال والثاني ، وبغيرهما هو الولد وجب أن نذكر ذلك ونبين حكمه وما قيل فيه .

كتاب اللعان^(١)

دليل اللعان

٦٦١٠ - اعلم أن اللعان أمر ورد به القرآن وبلى به الصحابة وفعله النبي صلى الله عليه وسلم ، وهو بدل من الحد في الأجنبية لان قذف الأجنبية يجب به الحد ويسقط باقامة البينة بما قال القاذف لانه معطوف على قذف الاجنبيات ، وسنين ذلك في كتاب الحدود ان شاء الله • قال الله تعالى •
« والذين يرمون ازواجهم ولم يكن لهم شهداء الا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله انه لمن الصادقين والخامسة ان لعنة الله عليه ان كان من الكاذبين •

ويداراً عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله انه لمن الكاذبين ،
والخامسة أن غضب الله عليها ان كان من الصادقين • »

ثم بين تعالى أن ذلك من فضله علينا ولا خلاف أنه يحتاج ان يقول
أنشهد بالله اني من الصادقين فيما رميتها به من الزنا على ما في تفسير الآية •
وأختلف هل يقول ذلك بلفظ الكناية أو لفظ المواجهة على روايتين •

٦٦١١ - والأصل في هذا الباب ما روى عن سهل بن سعد الساعدي

(١) اللعان مأخوذ من اللعن لانه يقول الزوج في الخامسة :
لعنة الله عليه ان كان من الكاذبين • ويقال فيه اللعان والاللعان
والملاعنة (سبل السلام ٣/ ١٩٠) وفي الاقناع في حل الفاظ أبي شجاع
(١٦٨/٢) اللعان لغة المباحدة ، ومنه لعنة الله أي أبغده وطرده ، وسمى
بذلك لبعد الزوجين عن الرحمة أو لبعد كل منهما عن الآخر فلا يجتمعان
أبداً • وشرعا كلمات معلومة جعلت حجة للمضطر الى قذف من لطخ فراشه
والحق العار به • وسميت هذه الكلمات لعانا بقول الرجل عليه لعنة الله
ان كان من الكاذبين •

أن عويمر بن شقرا العجلاني جاء الى عاصم بن عدي الانصاري فقال له :
يا عاصم أرايت رجلا وجد مع امرأته رجلا أيقّله فتقتلونه أو كيف
يفعل ؟ سل لي يا عاصم [عن ذلك] رسول الله صلى الله وسلم ، فسأل
عاصم رسول الله صلى الله عليه وسلم فكره رسول الله صلى الله عليه ونها
[عن] المسائل وعابها فقال يا عاصم ماذا قال لك رسول الله صلى الله عليه
وسلم ؟ فقال عاصم ، لم تأتني بخير قد كره رسول الله صلى الله عليه وسلم
المسئلة التي سألته عنها فقال عويمر والله لا أتهمي حتى أسأله عنها ، فأقبل
عويمر حتى أتى رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو وسط الناس فقال ،
يا رسول الله أرايت رجلا وجد مع امرأته رجلا أيقّله فتقتلونه أم كيف يفعل ؟
فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم :

قد أنزل الله فيك وفي صاحبك فاذهب فأت بها •

قال سهل ، فلا عنها بحضرة النبي عليه السلام وانا أسمع ، فلما
فرغا من اللعان قال [عويمر] كذبت عليها ان أمسكنها هي طالق ثلاثا [فطلقها
ثلاثا قبل أن يأمره بذلك رسول الله (ص) • قال مالك] •

قال ابن شهاب فصار تلك سنة المتلاعنين^(١) •

٦٦١٢ - وروى ابن عمر ان النبي صلى الله عليه وسلم فرق بين
المتلاعنين •

٦٦١٣ - وكذلك روى ابن عباس وأبن مسعود أن النبي صلى الله
عليه وسلم فرق بين هلال بن أمية وبين امرأته وقد اختلف في حديث هلال
بن أمية فرواه ابن مسعود أنه قال للنبي صلى الله عليه وسلم •

(١) انظر باب اللعان في الامام باحاديث الاحكام للقشيري المعروف
بأبن دقيق العيد مراجعة محمد سعيد المولوى (ص ٤٢٨ - ٤٣٠) •

أرأيت رجلا وجد مع امرأته رجلا ايقتله فتقتلونه أم يتكلم فتجلدونه ؟
وذكر في الخبر أن لما فرق بينهما قال عليه السلام •

ان جاءت به أكحل العينين سابغ الاليتين خدلج الساقين فهو لشريك
بن سحماء • وإن كان كذا فهو لهلال ، فجاءت به على الصفة المكروهة
(كذا في النسختين)^(١) •

فقال عليه السلام ،، لولا ما مضى في كتاب الله لكان لي ولها شأن •

فصل

تكييف اللعان

٦٦١٤ - وأللعان شهادة عند أبي خنيفة^(٢) وقال أبو يوسف هو يمين
فيه معنى الشهادة •

٦٦١٥ - وقال محمد هو حد فيه معنى اليمين •

٦٦١٦ - وقال الشافعي هو يمين •

فصل

٦٦١٧ - وإذا كان شهادة لم تصح عندنا الا من حرين مسلمين بالغين

٦٦١٨ - وقال الشافعي يصح ممن يصح منه اليمين والطلاق •

(١) وفي رواية اخرى : فقال رسول الله (ص) : « ابصروها فان
جاءت به أبيض سبطا قضى العينين فهو لهلال بن أمية ، وإن جاءت به
أكحل جمدا خمش الساقين فهو لشريك بن سحماء ، (الامام لابن دقيق
العيد ، ص ٤٣٣) •

(٢) جاء في الهداية (٢/٢٣) « الاصل ان اللعان عندنا شهادات
مؤكدات بالايمان ، مقرونة باللعن ، قائمة مقام حد القذف في حقه ومقام حد
الزنا في حقها لقوله تعالى : ولم يكن لهم شهداء الا أنفسهم • والاستثناء
أنما يكون من الجنس ١ • هـ

- ٦٦١٩ - وقد روى عمر بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم قال ، لعان بين الحر والعبد والمسلم والذمي^(١) .

فصل

ولا يصح بين حرة وعبد

- ٦٦٢٠ - وقال الشافعي يصح ويجب على الزوج الحد ، لان الامتناع جاء من قبله .

فصل

- ٦٦٢١ - ولا يثبت بين صغيرين ولا صغير وكبير .

فصل

مقى تقع الفرقة

- ٦٦٢٢ - ولا تقع الفرقة بلعان الزوج وحده عندنا .
٦٦٢٣ - وقال الشافعي تقع بلعان الزوج وحده .
٦٦٢٤ - وقد طلق عويمر بحضرة النبي صلى الله عليه وسلم ثلاثا بعد اللعان ولم ينكره النبي عليه .

فصل

- ٦٦٢٥ - ولا تقع الفرقة بلعانهما ،الم يفرق الحاكم بينهما .
٦٦٢٦ - وقال زفر تقع الفرقة بفراغ المرأة من اللعان .

فصل

أكثر اللعان

- ٦٦٢٧ - واذا اتعنا أكثر اللعان ثم فرق الحاكم وقعت الفرقة عندنا .

٦٦٢٨ - وقال الشافعي لابد من استيفاء عدد اللعان في حق الزوج
لانه بمثابة الطلاق .

فصل

الملاعة بالحمل

٦٦٢٩ - ولا يلاعن بالحمل عند أبي حنيفة ، وقال أبو يوسف يلاعن ،
وهو قول الشافعي ، لانه لا يدري هل هناك ولد أم لا ؟

فصل

لا لعان بعد الإبانة

٦٦٣٠ - واذا ابان زوجته فلا لعان وعليه الحد ان قدفها بعد ذلك ،
خلاف الشافعي يلاعن في نفي النسب ، وكذلك الكاح الفاسد والسوطي ،
بشبهة .

لان شرط اللعان أن يرمى الزوجة ، فمن ليست بزوجة فهي باقية
مع الاجنيات في وجوب الحد .

فصل

لا لعان بين المولى وأمه

٦٦٣١ - ولا يثبت بين المولى وأمه لانها ليست بزوجة .

٦٦٣٢ - وقال الشافعي في احد قوله يثبت .

فصل

نوع فرقة اللعان

٦٦٣٣ - وفرقة اللعان طلاق وهي واحدة باثثة وليس بفسخ .

٦٦٣٤ - وقال أبو يوسف هي فسخ

وبه قال الشافعي ، لانه استفاده الزوج بالنكاح فهو كالطلاق •

فصل

لا حرمة مؤبدة باللعان

- ٦٦٣٥ - ولا يوجب حرمة^(١) مؤبدة ، واذا أكذب نفسه ضرب الحد وحلت له بالنكاح ، وهو قول سعيد بن المسيب وابي حنيفة ومحمد •
- ٦٦٣٦ - وقال ابو يوسف لا يجتمعان ابدا^(٢) •
- وهو قول الشافعي •

فصل

- ٦٦٣٧ - ولا يصح لعان الاخرس بالاشارة ، وقال الشافعي يصح •
- لان العبرة بلفظ الشهادة وذلك لا يمكن تعيين اللفظ به •

فصل

الإقرار بالولد ونفيه

- ٦٦٣٨ - واذا أقر بولده ثم نفاه لزمه وضرب الحد ، واذا لم يقر به فله أن ينفيه بحضرة الولادة ، وروى عن أبي حنيفة ان له نفيه الى سبعة أيام ، وقال أبو يوسف ومحمد له أن ينفيه الى أربعين يوما •

(١) في نسخة (ق) : فرقة والصواب ما أثبتناه •

(٢) وسنده في ذلك قوله عليه الصلاة والسلام « المتلاعنان لا يجتمعان ابدا » نص على التأييد •

ولهما أن الاكذاب رجوع ، والشهادة بعد الرجوع لاحكم لهما ، ولا يجتمعان ما داما متلاعنين ، ولم يبق التلاعن ولا حكمه بعد الاكذاب فيجتمعان •

فصل النفي في المجلس

٦٦٣٩ - ولو كان الرجل غائبا فبلغه الخبر فلم ينفيه في المجلس
فليس له نفيه .

٦٦٤٠ - وقال الشافعي اذا سكت لم يكن له ان ينفيه .

٦٦٤١ - وقال أبو يوسف ومحمد له أن ينفيه الى مدة النفاس وهو
أربعون يوما .

فصل حكم ولد الملاعة

٦٦٤٢ - واذا وقع اللعان وهناك ولد الحق بامه وقطع نسبه عن
الزوج فصار كأن لا أب له .

فصل

٦٦٤٣ - فان ادعاء بعد ذلك نظرب فان ادعاء في حال الحياة صحت
دعواه ، وان كان قد مات فالدعوى باطلة .
٦٦٤٤ - وقال الشافعي يصح ايضا .

فصل

من له ادعاء الولد بعد موت الملاعن

٦٦٤٥ - وان كان قد خلف ولدا فان كان ذكره صحت الدعوى به ،
وان كان ولدا أنثى لم يصح عند أبي حنيفة .
٦٦٤٦ - وقال لا يصح في الحالين جميعا .

فصل

٦٦٤٧ - واذا ولدت ولدين [في بطن واحد] فأقر باحدهما ونفا الآخر
لزماء جميعا لانه حمل واحد فلا يتبعض وضرب الحد بالقذف^(١) .

فصل

اللعان عند الحاكم

٦٦٤٨ - ولا يكون اللعان الا عند الحاكم ، ولا يصح بين الزوجين
بدون حاكم .

فصل

٦٦٤٩ - واذا قذف امرأته ثم أبانها فلا حد عليه ولا لعان ، وقال
الشافعي يجب اللعان .

فصل

الامتناع عن اللعان

٦٦٥٠ - واذا امتنع الزوج أو الزوجة عن اللعان حبس حتى يلتعن .
٦٦٥١ - وقال الشافعي ومالك يقام عليه الحد ، وهما لا يريان النكول
محكوما به في الاموال فكيف فعلوه في الدماء ؟

(١) سوى السمناني بين حالتي نفيه الاول أو الثاني منهما في وجوب
الحد عليه ، وفرق في الهداية بين الامرين فجعل اعترافه بالثاني مع نفي
الاول بمثابة اكداب نفسه فأوجب الحد عليه ، وجعل اعترافه بالاول مع
نفي الثاني مستوجبا للملاعنة لتأخر القذف عن الاقرار بالعفة وفيما عدا ذلك
فتستوى الحالتان في ثبوت نسب الولدين .

فصل موجب القذف

٦٦٥٢ - وموجب القذف اللعان ، وقال الشافعي موجب الحد .
وفي اللعان فروع كثيرة ، ومسائل مشتهرة وإذا قد ذكرنا حكم اللعان
والفرقة وكانت فرقة اللعان طلاقا عندنا فهل يجب النفقة فيه وفي البائن أم لا ؟
وهذا ما يقضي بأن تذكر أحكام النفقات على النساء والصغار والميعة .

كتاب النفقات

وهذا كتاب النفقات^(١)

٦٦٥٣ - والنفقة تجب بالنكاح والنسب والملك ، ولكل واحد من الاسباب الثلاثة أحكام تخصه .

فصل

نفقة النكاح

٦٦٥٤ - فنفقة النكاح واجبه لكل زوجة على زوجها اذا كانا بالغين قد سلمت نفسها في منزل الزوج وهذا لاخلاف فيه^(١) .

فصل

نفقة الصغيرة

٦٦٥٥ - فان كانت الزوجة صغيرة والزوج كبيرا فلا نفقة لها حتى تبلغ الى حال تصلح للوطء .

(١) النفقة ما يبذله الانسان فيما يحتاجه هو أو غيره من الطعام والشراب وغيرهما (سبل السلام ٢١٨/٣) . ودليل النفقة في القرآن قوله تعالى : لينفق ذو سعة من سعته ، وقوله وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف . وفي السنة قوله عليه الصلاة والسلام في حجة الوداع «ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف» . والنفقة جزاء الاحتباس ، وكل من كان محبوسا بحق مقصود لغيره كانت نفقته عليه (الهداية ٣٩/٢) .

(٢) لم يشرط أهل الظاهر في نفقة الزوجة التسليم ولا منعوها النفقة بالنشوز فقد جاء في المحلى لابن حزم (٨٨/١٠) «ينفق الرجل على امرأته من حين يعقد نكاحها دعى الى البناء أو لم يدع ولو أنها في المهمل ، ناشزا كانت أو غير ناشز غنية كانت أو فقيرة ذات أب كانت أو فقيرة» . وذهبوا الى أن الزوج اذا عجز عن نفقة نفسه وامراته غنية كلفت النفقة عليه ولا ترجع عليه بشيء من ذلك (المحلى ٩٢/١٠) .

فصل

نفقة زوج الصغير

- ٦٦٥٥ - وإن كان الزوج صغيرا والمرأة كبيرة فلها النفقة .
٦٦٥٦ - وللشافعي قولان أحدهما لا يجب لها وسوى بين الصغيرة والصغير في منع النفقة والثاني التسوية في الوجوب .

فصل

- ٦٦٥٧ - وتجب النفقة للمسلمة والذمية ، حرة كانت أو أمة إذا كانت تصلح للوطى .

فصل

لا نفقة لممتنعة عاصية

- ٦٦٥٨ - لآنفة لمن منعت نفسها عاصية وكل امرأة منعت نفسها عن الكون مع الزوج بسبب هي عاصية فيه فلا نفقة لها كالناشر وإن منعت منه لحق أو باطل فلا نفقة لها كمن حبست بدين أو غصبها غاصب ، لان النفقة تجب بالتمكين من الوطى .
٦٦٥٩ - وإن سافرت للحج فلا نفقة لها عند أبي حنيفة ومحمد ، لأنها مانعة نفسها بالسفر فلا تجب النفقة .
٦٦٦٠ - وقد روى عن أبي يوسف أنه يجب لها نفقة الإقامة دون السفر ، ولا يلزمه كراء الحج .
وإن كان الزوج معها مسافرا فلها النفقة لأن الكون مع الزوج ومنع الاحرام من الوطء كمنع القرن والرتق ، وقد قال أصحابنا يجب للقرناء والرتقاء النفقة .

فصل

ما يفرض للزوجة

- ٦٦٦١ - ويفرض للزوجة ما يكفيها بالمعروف من غير سرف ولا تقدير، وسنين قدر النفقة في باب أن شاء الله •

فصل

سقوط النفقة بمضي الزمان

- ٦٦٦٢ - والنفقة تجب على الزوج بفرضها على نفسه أو يحكم الحاكم لها بذلك ، فإن لم يفرض ذلك الحاكم سقطت بمضي المدة عندنا •
- ٦٦٦٣ - وقال الشافعي لا تسقط بمضي الزمان •
- ٦٦٦٤ - وقد روى عن الحسن وإبراهيم وشريح أنها تسقط بمضي الزمان •

- ٦٦٦٥ - لان المقصود بها أحياء النفس ، وليست عوضا عن البضع كالمهر ، ولانها تجرى عندنا مجرى نفقة ذوى الارحام •

فصل

سقوطها بالموت

- ٦٦٦٦ - وقال أصحابنا أنها تسقط بالموت وان كانت مفروضة لها يفرضه أو فرض الحاكم ، ولا فرق عندنا بين موت الزوجة أو الزوج لان مال الزوج قد خرج عن ملكه •
- ٦٦٦٧ - وقال الشافعي لا تسقط بموت أحدهما ، وانفق الفريقان على أن نفقة ذوى الارحام والابوين تسقط بالموت •
- ٦٦٦٨ - وشبه أصحابنا ذلك بالدية على العاقلة أنها تسقط بموت العاقلة ولا يؤخذ من تركتها •

فصل

نفقة المبوأة

- ٦٦٦٩ - ولا تجب نفقة الزوجة الامة اذا بوأها مولأها بيتاً ، فإن كانت في بيت المولى فلا نفقة لها لان النفقة تستحق بالكون عند الزوج .

فصل

- ٦٦٧٠ - ولا فرق بين أن يكون زوجها حراً أو عبداً في وجوب النفقة عليه .

- ٦٦٧١ - ولا تختلف الحرية والامة في الزوج .

فصل

- ٦٦٧٢ - وتجب في ذمة العبد ، ويبيع عندنا اذا أجمعت .
- ٦٦٧٣ - وقال الشافعي لا تباع في ذلك كما لا يباع المأذون في التجارة ، ويؤخذ بها بعد العتق .

فصل

- ٦٦٧٤ - واذا طلبت مهرها ولم يدفعه اليها فلها النفقة حتى تأخذ المهر لانه مطالبة بحق لها عليه .

فصل

هل للموطوءة حبس نفسها؟

- ٦٦٧٥ - وان كانت سلمت نفسها الى الزوج فوطأها فلها المنع عند ابي حنيفة والنفقة .
- ٦٦٧٦ - وقال أبو يوسف ومحمد لا تجب لانه ليس لها حبس نفسها عنه بد ذلك .

فصل

نفقة زوجة الابن الصغير

٦٦٧٧ - وينفق الولي على امرأة أبنه الصغير من مال الصغير ، فان كان لا مال له فلا نفقة على الاب على زوجة الابن .

فصل

منع أهل الزوجة

٦٦٧٨ - وللزوج أن يمنع أهلها من الدخول الى منزله ، وليس له أن يمنعهم من تفقدها ، وكذلك أمها لان طاعة الابوين واجبة عليها .

فصل

اعتبار النفقة

٦٦٧٩ - واذا فرض النفقة لها وهو فقير فایسر أو فرضها القاضي فانه یزیدها بزيادة حاله وتنقص بنقصان حاله ، لانها تجب بحال الزوج^(١)
٦٦٨٠ - وقد قال بعض أصحابنا أنها تعتبر بحالهما جميعا^(٢) .

(١) جاء في الهداية (٣٩/٢) « قال الكرخي (ر) يعتبر حال الزوج، وهو قول الشافعي (ر) » لينفق ذو سعة من سعته ، ١٠ هـ
(٢) جاء في الهداية (٣٩/٢) ان هذا هو اختيار الخصاف ، وعليه الفتوى . . . فان كانت معسرة والزوج موسرا فنفقتها دون نفقة الموسرات وفوق نفقة المعسرات ١٠ هـ . وقد أخذ قانون الاحوال الشخصية العراقي بالقول النى عليه الفتوى فنصت المادة (٢٧) منه على أن تقدر النفقة للزوجة على زوجها بحسب حالتيهما يسرا وعسرا .
وفي الامتناع في حل الفاظ أبى شجاع (١٨٩/٢) نفقة الزوجة مقدرة على الزوج بحسب حاله . وفي المحلى لأبى حزم ان هذا هو أيضا قول أهل الظاهر (٨٨/١٠ منه) .

فصل

٦٦٨١ - وإن كان الرجل من ذوى الموائد والطعام والشراب والدجاج والحلوى والمرأة فقيرة فإنه لا يكلف من ذلك إلا بحسب ما جرت عادتها .

فصل

٦٦٨٢ - وإن كانت هي من أهل البيوتات ومن يعتاد هذا وسع عليها في ذلك .

فصل

فرض النفقة لخدام

٦٦٨٣ - وتقرض النفقة لخدام واحد أن كانت من ذوات الخدم ، ولا تقرض لما زاد على ذلك في قولهم المشهود ، وروى عنهم أنه يفرض لخدامين ولا يفرض لما زاد .

٦٦٨٤ - وقد روى الطحاوى في المختصر عن أبى يوسف انه يفرض لما زاد عن ذلك اذا كانت كذلك .

فصل

أعار الرجل بالنفقة

٦٦٨٥ - واذا أعسر الرجل بالنفقة فإنه يفرض عليه ويؤذن لها في الاستدانة عليه ، والنفقة من عندها ، ويؤخذ بذلك اذا أيسر .

٦٦٨٦ - وقال الشافعي يفسخ النكاح بالاعسار بالنفقة ، وله في الصرة بالمهر قولان أحدهما يفسخ به ، والثاني لا يفسخ به .

فصل

٦٦٨٧ - ويجب رفع يديه عنها لتكسبان لم يكن لها مال .

فصل

الحبس بالنفقة الواجبة

٦٦٨٨ - ويحبس الرجل في النفقة الواجبة كما يجب في سائر الديون الواجبة •

فصل

وجوب النفقة على الغائب والحاضر

٦٦٨٩ - وتجب النفقة على الزوج إذا غاب •
كما تجب لو كان حاضرا •

فصل

نفقة زوجة الغائب إذا لم يكن نكاحها ثابتاً عند الحاكم

٦٦٩٠ - فإن غاب الزوج وحضرت تطلب النفقة من ماله ، والنكاح غير ثابت عند الحاكم وإقامت البينة بالنكاح ، فمن أصحابنا من قال لا تسمع بيئتها بالنكاح لانه قضاء على غائب ، ومنهم من قال تسمع ويفرض ويكون ديناً عليه يؤخذ به اذا حضر •

٦٦٩١ - ومن الفقهاء من قال يؤخذ من ماله منهم الشافعي وغيره •

٦٦٩٢ - وقد روى أن هنداً بنت عتبة أمت النبي صلى الله عليه وسلم وقالت :

(أن أبا سفيان رجل شحيح لا يعطيني وولدى ما يكفيني ، وله مال)
فقال عليه السلام •

« خذي من مال أبي سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف »^(١) .

فصل

الإنفاق من الوديعة

٦٦٩٣ - وإن كان له مال عند رجل وديعة ، وهو مقر بذلك
وبالزوجة فانه يؤثر أن ينفق عليها ويكون ذلك دينار يؤخذ منها به كفيلا .

فصل

٦٦٩٤ - وإذا حضر الغائب وانكر النكاح كلفت إعادة البينة عليه
بذلك ، فإن أقامت لها بها وأمر بتسليم ما فرض لها من ذلك .

فصل

٦٦٩٥ - ولا يبيع الحاكم في النفقة عليه العروض والعقار عند أبي
حنيفة .

٦٦٩٦ - وقال أبو يوسف ومحمد يبيع العروض والعقار في النفقة
والدين وهو قول الشافعي وعنده يحبس حتى يبيع بنفسه ، أغنى أبا حنيفة
وأجمع الفريقان أنه لا يباع ثبات بدنه في ذلك .

(١) سبيل السلام (٢١٨/٣) وفيها « عن عائشة » قالت :

دخلت هند بنت عتبة بن ربيعة بن عبد شمس بن عبد مناف . . .
امراة أبي سفيان على رسول الله (ص) فقالت يا رسول الله ان أبا سفيان رجل
شحيح لا يعطيني من النفقة ما يكفيني ويكفي بني ألا ما أخذت من ماله
بغير علمه ، فهل علي في ذلك جناح ؟

فقال : خذي من ماله بالمعروف ما يكفيك ويكفي بينك . متفق عليه .
وقد فسر الشح بأنه البخل مع حرص فهو اخص من البخل ، والبخل
يختص بمنع المال والشح بكل شيء .

فصل

الكفيل بالنفقة عند سفر الزوج

- ٦٦٩٧ - وإذا أراد الزوج سفرا فطلبت بالنفقة كفيلا ، فإن إبا حنيفة قال لا آخذه بما لم يجب لها بعد •
- ٦٦٩٨ - وقال محمد يؤخذ لها شهر واحد لا ما زاد عليه •

فصل

لزوم شهر واحد

- ٦٦٩٩ - ولو تكفل رجل بنفقة امرأته كل شهر كذا لزمه شهر واحد ولا يلزمه ما زاد على ذلك عند أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد ، وروى عن أبي يوسف أنه يلزمه نفقة كل شهر ما دام النكاح باقيا •

فصل

التوقيت في النفقة

- ٦٧٠٠ - ولو وقت وقتا معلوما وتكفل به جاز في قولهم جميعا •

فصل

التكفل بنفقة الزوجة للأبد

- ٦٧٠١ - ويجوز أن يتكفل بنفقة الأبد ما دام النكاح قائما^(١) •

فصل

التكفل بنفقة الوالد أبدا

- ٦٧٠٢ - ولو تكفل بنفقة الولد أبدا لم يجز لأنه ينقطع ببلوغه وفي النكاح لا ينقطع •

(١) هذا دليل على جواز ترتيب مرتب مدى الحياة في الفقه الاسلامي

فصل

تخلية البيت

٦٧٠٣ - وإن طلبت الزوجة أن يخلى لها البيت ولا يكون معها غيرها فلها ذلك .

فصل

مجاورة الصالحين

٦٧٠٤ - وإن شكت سوء اخلاقه وطلبت أن تكون في جوار قوم صالحين وأن يكون في جواره رجل صالح وصاه بها ، وإن كانوا يتمصبون له كلفة النقلة بها الى جوار قوم صالحين .

فصل

سلفة النفقة

٦٧٠٥ - ولو تسلفت النفقة والكسوة ستين ثم ماتت أو مات الزوج قبل ذلك لم يرجع عليها بشيء ، ويكون ذلك لورثتها عند أبي حنيفة وأبي يوسف .

٦٧٠٦ - وقال محمد يحسب لها بمقدار ما مضى من المدة .

وكذلك أن استهلك ذلك .

فصل

ضياع النفقة وسرقتها

٦٧٠٧ - وإن سرقت النفقة منها أو ضاعت من يدها فلا نفقة لها لما بقي من المدة ، ولا كسوة .

فصل

٦٧٠٨ - قال وفي الاب والابن اذا سرقت نفقته تنجب له نفقة اخرى لان ذلك ليس فيه معنى العوض وانما هو على سبيل التطوع •

فصل

باب قدر النفقة

٦٧٠٩ - قال أصحابنا تفرض النفقة بقدر الحاجة على ما تقدم ويحسب ما يراه الحاكم من ذلك ولا قدر له مقدر لا تجوز الزيادة عليه ولا النقصان بل ذلك موقوف على اجتهاده •

٦٧١٠ - وقال الشافعي يفرض على الفقير مدا قمح واوقية زبيب والمتوسط مد ونصف (مد) واوقية ونصف (أوقية) زيبا ، وعلى الغنى مدان واوقيتان من زبيب ، ولا يختلف عنده الحال في ذلك ، وهذا يكتب به في الدفاتر لا يعمل به في البلاد وقد رأينا جماعة من الحكام من اصحابه وهم يفرضون ويحكمون بغير ذلك بل كما نقول نحن في ذلك •

فصل

ما يفرض في الكسوة

٦٧١١ - ويفرض في الكسوة عندنا على الفقير قميص ومقنعة وملحفة على قدر ما يحتمل مثله ، وان كان موسرا فرض اجود من ذلك مما يحتمل مثله ، ويزيدها في الشتاء جبة وسراويل على قدر يساره وعسرتة •

فصل

للحاف والقطيفة

٦٧١٢ - وان طلبت لحافا أو قطيفة تنام عليها لزمه من ذلك ما يلزم مثله من القطن ثم الكتان ثم الحرير على حسب العادة في ذلك •

فصل

- ٦٧١٣ - ويفرض على الذمي النفقة لزوجته وان كانت ذات رحم منه عند أبي حنيفة لانه يقرهم على النكاح .
وقال أبو يوسف ومحمد لايفرض ويفرق بينهم .
٦٧١٤ - وقد روى عن أبي يوسف أنه قال أتبعهم في ديارهم وافرق بينهم ، وما هم فيه من الكفر أعظم مما هم فيه من النكاح .

فصل

- ٦٧١٥ - وافق الجميع على أنه لو كان تزوج بغير شهود أو في عدة من ذمي وبلا ولى انه يفرض النفقة ولا يفرق .

فصل

البينة بالنكاح والوديعة

- ٦٧١٦ - واذا ادعت امرأة الغائب أن له عند أنسان وديعة وأنهما زوجة له ، وطلبت ان يسمع ببتها بالنكاح والوديعة .
٦٧١٧ - قال أبو يوسف يسمع في قوله الاول ، وقال أبو حنيفة ومحمد لا يسمع البينة وهو قوله الاخر ، ولا فرق عندهما بين ان يجحد النكاح أو الوديعة أوهما في ان ذلك لا يسمع .

فصل

اختلافهما في اليسار والفقير

- ٦٧١٨ - واذا اختلف الزوج والزوجة في اليسار والفقير فقالت الزوجة ، أنت غنى وعليك نفقة الغنى ، وقال الزوج بل أنا فقير معسر فالقول قول الزوج مع يمينه لان الاصل عدم الغنى ، وان اقاما بينة فيمينه المرأة أولى لانها تثبت الامر الطارىء .

باب نفقة المطلقة

فصل

نفقة المطلقة رجعيّاً

٦٧١٩ - أجمع العلماء على أنه تجب النفقة للمطلقة طلاقاً رجعيّاً ما دامت في العدة ، وحكمها في النفقة كالزوجات .

فصل

٦٧٢٠ - ولا فرق بين أن تكون كبيرة أو صغيرة عند من يوجب النفقة للصغيرة من الزوجات .

فصل

٦٧٢١ - ولا بين الحامل والحائل ولا بين المسلمة والذمية ولا بين الحرة والامة .

فصل

نفقة المطلقة بائناً

٦٧٢٢ - واختلف في المطلقة طلاقاً ثلاثاً أو بائناً كالمختلعة وغيرها فقال أصحابنا لها النفقة والسكنى كما للرجعية .
٦٧٢٣ - وقال الشافعى في آخر قوله لا نفقة لبائن [الا اذا كانت حاملاً]^(١) .

٦٧٢٤ - وقال أبن أبي ليلي لها السكنى دون النفقة ، واجمع الجميع على أنها لو كانت حاملاً فلها النفقة^(٢) .

(١) من الهداية ٤٤/٢

(٢) مرد الاجماع ههنا النص لقوله تعالى : « وان كن أولات حمل فانفقوا عليهن » (الهداية ٤٤/٢) .

٦٧٢٥ - واختلف اصحاب الشافعي في طريق الوجوب فمنهم من قال يجب لاجل الحمل خاصة ومنهم من قال بسبب الحمل ، ولو كان لمكان الحمل لوجب للموطوء بشبهة ولام الولد وفي النكاح الفاسد ، ولتعددت بعدد الاولاد ، ولكن الولد اذا خرج ميتا أن يرجع عليها بالنفقة .

٦٧٢٦ - وقال أصحابنا انما وجب للحامل النفقة لانها محبوسة عليه والحائل مثلها في هذا المعنى .

٦٧٢٧ - وقد روت فاطمة بنت قيس أنها قالت ، طلقني زوجي ثلاثا ووكل أخاه في نفقتي فخاصمته الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم يجعل لي نفقة .

٦٧٢٨ - وقال عمر بن الخطاب رضي الله عنه ، لاندع كتاب ربنا وسنة بينا لقول امرأة لعلها نسيت أو أشبه عليها^(١) .

فصل

اختلافها في انقضاء العدة

٦٧٢٩ - واذا اختلف الزوج والزوجة في انقضاء العدة فالقول قولها مع يمينها .

فصل

مدة الإنفاق على الحبل المطلق

٦٧٣٠ - وان قالت أنا حبل ، انفق عليها الى ستين عدنا واربع سنين

(١) في الهداية ٤٤/٢ - ٤٥) أن عمر بن الخطاب (ر) قال ايضا « سمعت رسول الله (ع) يقول « للمطلقة الثلاث النفقة والسكنى ما دامت في العدة» . وانظر أيضا جامع مسانيد الامام ١٥٨/٢ - ١٥٩ و ١٦٠ و ١٦٢ وفيها أيضا أن حديث فاطمة بنت قيس رده أيضا زييد بن ثابت (ر) واسامة بن زيد وعائشة (ر) .

عند الشافعي ، فان مضت المدة ولم تلد فقالت ظننت ابي حبل ، وقال الزوج
بل قد أمرت بانقضاء العدة ، فالعدة حتى تحيض او تبلغ حد الاياس فتعتد
بثلاثة أشهر بعد ذلك •

فصل

٦٧٣١ - وينبغي ان كانت آيسه ان يرجع الى غيرها في الشهور لان
ذلك لا يقدر على أستعلامه من غيرها •

فصل

اختلافهما في مضي الشهور

٦٧٣٢ - وان اختلفا في مضي الشهور فالقول قولها انها لم تمض لان
الأصل عدم مضيها •

فصل

٦٧٣٣ - وان أقام كل واحد بينة بما قال فلم أر لأصحابنا هذا الفرع
ويحتمل ان تكون البينة بينتها لانها تثبت الحق على الزوج وهو ينفي ذلك ،
ويحتمل أن يقال بينه الزوج مقبولة لانها تثبت معنى الاجل ، وسقوط
الحق عن ذمته ، والاول أظهر من الثاني ، وقد قلنا اذا اختلفا في الاجارة
ومضى المدة فيما تقدم ما في ذلك من الخلاف فيجب ان تكون ههنا مثله •

فصل

نفقة المختلعه والمبارئة المفادية

٦٧٣٤ - وللمختلعة والمبارئة والفادية النفقة لانها تجب بسبب العدة
لا بسبب النكاح •

فصل

نفقة الملائنة

٦٧٣٥ - والملائنة لها النفقة ما دامت في العدة لان غاية الحال ان تكون في حكم البائنة .

فصل

نفقة الأمة المعتقة

٦٧٣٦ - والايمه اذا اعتقت وهي عند زوج فاختارت نفسها فلها النفقة لان خيارها كخيار الطلاق .

فصل

قاعدة عامة في النفقة بكل فرقة من قبل الزوج

٦٧٣٧ - وكل فرقة جاءت من قبل الزوج بمصية كانت أو غير مصية فلها النفقة والسكنى ما دامت في العدة .

فصل

في الفرقة من قبل الزوجة

٦٧٣٨ - وكل فرقة جاءت من قبلها بمصية فلا نفقة لها في العدة كالمرتدة .

فصل

حكم نفقة العدة

٦٧٣٩ - ومن لها النفقة في العدة فحكمها حكم الزوجة في النفقة تبطل بما يبطل في النكاح ، وتجب فيما يجب في النكاح ، فالردة تسقط النفقة في الموضعين لانها تستحق الحبس بذلك وهذا معنى يسقط النفقة في النكاح .

فصل

تقيل ابن زوجها في العدة

٦٧٤٠ - ولو قبلت أبن زوجها في العدة لم تسقط النفقة لانها لم
تزد بينونة بذلك •

فصل

تقيل ابن زوجها خلال قيام النكاح

٦٧٤١ - ولو كان ذلك في النكاح لسقطت النفقة بذلك •

فصل

نفقة الناشر المطلقة

٦٧٤٢ - ولو طلقت في غير بيت الزوج وادارت الرجوع اليه ، او
كانت ناشراً فعادت اليه فلها النفقة في الموضعين في النكاح والعدة •

فصل

المسألة بعينها في الأمة

٦٧٤٣ - ولو كانت أمة فعادت الى منزل الزوج فليس لها نفقة عند
الثلاثة من علمائنا •

٦٧٤٤ - وقال زفر لها النفقة اذا عادت الى بيت الزوج •

باب نفقة الصبيان

فصل

أجرة الرضاع

٦٧٤٥ - ومن له ولد صغير يرضع فطلبت امه اجرة الرضاع وابت
أن ترضعه فانها لا تجبر على أرضاعه منها •

٦٧٤٦ - وقال الحسن وإبراهيم تجبر على أرضاعه منها •

فصل

٦٧٤٧ - وليس لها أن تأخذ الاجر منه عندنا ولا في العدة منه^(١)
لأنها في نفقته وتحت حبه •

فصل

٦٧٤٨ - وإن أنقضت العدة فهي أحق برضاعه من الاجنية بما تأخذ
الاجنية من الاجر •

فصل

نفقة الصغير بعد الفطام

٦٧٤٩ - ويفرض للصغار إذا خرجوا من الفطام ما يحتاجون اليه
بالمعروف ويسلم الى أمهم ان كانت امينة لتنفق ذلك فان كانت غير مأمونة
يسلم الى من ينفق على الصغار •

فصل

٦٧٥٠ - وإذا كان للصغار مال انفق عليهم منه (فالأصل ان نفقة
الانسان في مال نفسه صغيرا كان أو كبيرا)^(٢) •

فصل

٦٧٥١ - وإن كان الأب معسرا فرض لها عليه النفقة واذن لها في
الاستدانة عليه •

(١) في الهداية (٤٥/٢ - ٤٦) ان أستاذجراها وهي زوجته أو معتدته
لترضع ولدها لم يجز ، لأن الارضاع مستحق عليها ديانة • قال الله تعالى
والوالدات يرضعن أولادهن •
(٢) الهداية ٤٦/٢ •

فصل

٦٧٥٢ - فان تصدق على الصغار بصدقة لم يرجع على الاب لانهم
آكلوا من غير جهة الام .

فصل

٦٧٥٣ - وقال أصحابنا لا يشارك الاب احد في النفقة على الصغار
من ولده ، وان كانوا انا كبارا وذكرورا زمنى .
٦٧٥٤ - فالنفقة بين الاب والام أثلاثا على الام الثلث من ذلك وعلى
الاب الثلثان .

فصل

٦٧٥٥ - وقد روى عنهم ان الجد كالأب لا يشاركه في النفقة أحد .
٦٧٥٦ - وروى عنهم انه يشاركه الام ، وفي الاب رواية يشارك الام
في الصغار أيضا .

فصل

إيجار الصغير

٦٧٥٧ - وللأب أن يؤجر الصبي ما دام صغيرا وينفق عليه ما يحتاج
اليه ويحفظ الباقي له ، وان كانت امه محتاجة انفق عليها من كسبه لانه
فاضل للصبي عما يحتاج اليه .

فصل

للزوجة النفقة ولو غنية

٦٧٥٨ - ولا تفرض نفقة احد على أحد مع الفنى الا الزوجة خاصة،
ومن سوى الزوجة فيعتبر الفقر .

باب النفقة على الأبوين وذوي الأرحام

فصل

٦٧٥٩ - ويجبر الولد على نفقة الأبوين إذا كانا محتاجين ، الذكر والائتى سواء في ذلك •

فصل

٦٧٦٠ - وإن أجمع الابن والبنت فالنفقة عليهما بالسوية ، ولا يفضل الابن في النفقة على البنت •

فصل

٦٧٦١ - وكذلك الأجداد والجندات مثل الأب والام •

فصل

لا عبرة باختلاف الدين

٦٧٦٢ - وينفق الرجل على الصغار من ولده وولد ولده [والأبوين والأجداد والجندات] ^(١) وإن كانوا علي خلاف دينه ، كما ينفق على الزوجة مع اختلاف الدين •

فصل

وجوب النفقة على الذمي لولده المسلم

٦٧٦٣ - وإذا أسلمت امرأة الذمي ولها ولد صغير فإنه يصير مسلماً ، ويجب على الأب الذمي نفقته ، وكذلك لو أسلم الأب وبقيت الام وهي غنية

(١) من الهداية ٤٧/٢ وفيها أيضاً « إلا أنهم إذا كانوا حريين لا تجب نفقتهم على المسلم » •

والأب فقير فمليها النفقة على الصغير ، ولها ان ترجع على الأب في الرواية التي لا يشتركان في النفقة وهي الاظهر •

٦٧٦٤ - وكذلك حكم ولد الولد وان سفل هو مثل الولد الاعلى •

فصل

النفقة على قدر الحال لا الرؤوس

٦٧٦٥ - وان كان لها أبن موسر مكثر واخر متوسط الحال فرض على المكثر من النفقة أكثر مما يفرض على المتوسط كما يفعل في نفقة الزوجات ، والنفقة على قدر الحال لا على قدر الرؤوس •

فصل

٦٧٦٦ - وان كان أحدهما ذميا والاخر مسلما فالنفقة عليهما جميعا ، ولا يعتبر في الأب من يرثه أو من هو على دينه •

فصل

٦٧٦٧ - ولو ترك بنتا واحدا فان النفقة على البنت دون الاخ وليس الاخ كالبنت وان ورت معها لانها أقرب رحما من الاخ •

فصل

نفقة الأخوة

٦٧٦٨ - ويجبر الابن على النفقة على أبيه واخوانه الصغار اذا كان له مال •

٦٧٦٩ - وقال الشافعي ، لا يجبر على نفقة الاخوة والاخوات •

وقد قال تعالى وعلى الوارث مثل ذلك

فصل نفقة امرأة الأب

٦٧٧٠ - وقال أصحابنا لا يجبر على نفقة امرأة أبيه^(١) ولا أم ولده
لان أعفاه لا يجب عليه عندنا ، وعند الشافعي يجبر لان أعفاه واجب عليه •

فصل

٦٧٧١ - قال أصحابنا ، فان كان الأب علة تمنعه من خدمة نفسه فان
الابن يجبر على نفقة من يخدمه من زوجة أو أم ولد لان خدمته واجبة عليه

فصل

ابن ذات الزوج المعسر

٦٧٧٢ - وان كان للمرأة زوج معسر وأبن موسر فالنفقة على الزوج
دون الولد ، غير أنه يؤخذ من الابن على سبيل القرض على الزوج فيأخذ
ذلك بمد اليسار •

فصل

أقراض النفقة

٦٧٧٣ - وان أبى الابن أن يقرضها فان الحسن بن زياد قال ، ترض
عليه النفقة ويجعل الزوج كالميت اذا كان معسرا •

(١) اقتصرنا المادة (٦١) من قانون الاحوال الشخصية على الزام
الولد الموسر بنفقة والديه الفقيرين فقط • فلا يجبر على نفقة امرأة أبيه
بدون نص • ومع ذلك ينبغي التسليم بان الاب اذا كانت به علة تمنعه من
خدمة نفسه اجبر الابن على نفقة من يخدمه من زوجة أو غيرها •

فصل

اجتماع ابن الابن والبنت

٦٧٧٤ - وان أجمع ابن الابن والبنت لانها أقرب من ولد الابن •

فصل

إلزام العم بالنفقة

٦٧٧٥ - والعم يجبر على نفقة ابن أخيه

فصل

نفقة ذوي الأرحام

٦٧٧٦ - ويجبر على نفقة عماته وخالاته وكل ذات رحم [محرم] من النساء وعلى ولد الأخ المحتاج الزمن ، ومن ليس به زمانة فانه لا يجبر أن ينفق عليه من الرجال الا من ذكرنا •

فصل

٦٧٧٧ - ولا يجبر على النفقة على ولد العم والعمة ولا ولد الخال والخالة لانهم ليسوا بذوى رحم محرم منه •

٦٧٧٨ - وقال أبو موسى الضرير في مختصره :

ومن أصحابنا من أوجب النفقة لكل وارث سواء كان محرما أو غير محرم ، واختار القول به •

فصل

٦٧٧٩ - وتجب النفقة على بنت البنت دون الأخ من الاب أو الام لانها من ولد ولده ، ولا يقال فاجل النفقة على الوارث منهما •

فصل

٦٧٨٠ - ولا يجب ذلك لابن الاخ المسلم والابن النصراني تجب النفقة على الابن وان يرث الابن .

وقد ذكر الخصاص عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه في النصراني الذي قال له :

(أخذنا كسبك وانت صحيح وتركتك اليوم ففرض له نفقة في بيت المال) .

فصل

القول لمن في القدرة

٦٧٨١ - اذا اختلف الاب الطالب والابن المطلوب في الغنى والقدرة فقال الابن لا قدرة لى فاقول قوله وينظر الحاكم الى كسبه ، فان كان فيه فضل أخذه من الابن ، وان لا فضل فيه لم يأخذ .

٦٧٨٢ - وقال بعض الفقهاء ادخل الاب في كسبه ويزاحمه في قوته لانه بعضه وماله ماله .

فصل

مال الإبن الغائب

٦٧٨٣ - واذا كان للابن مال في يد الاب وغاب الابن فانفق الاب المال عليه وعلى أمه فلا ضمان على الاب اذا كان محتاجا ، وان أخذ المال من غيره فهو ضامن ، وليس هذا لغير الاب والام ممن يجب عليه نفقه من جميع الجهات .

فصل

بيع مال الإبن الغائب في النفقة

٦٧٨٤ - وان باع مال الابن وهم كبير غائب في نفقته فيعنه جائز في

الاستحسان عندنا في العروض وغيرها، وليس الام كالأب في هذا الحكم ،
والقياس فيهما سواء ، وهو قولهما •

فصل

نفقة ولد الحرة من عبد

٦٧٨٥ - والحرة اذا ولدت من عبد فنفقة الولد على عصبة الام عند
جابر بن زيد ، وعندنا النفقة على الام •

٦٧٨٦ - وهو قول الشافعي ولا ينفق مملوك على ولده سواء كان من
حرة أو أمة ، والمكاتب والمأذون والعبد المحجور عليه في ذلك سواء •
وتجب على الحرة ان كانت زوجة وعلى مولى الامة ان كانت امة أو
مدبرة •

فصل

زوجة المفقود وصغاره

٦٧٨٧ - والمفقود اذا غاب فانه ينفق على زوجته والصغار من اولاده
والزمنى الكبار منهم ، ويؤخذ كقولهم بما يأخذون من ذلك •

فصل

ذوو أرحام المفقود والكبار من ولده

٦٧٨٨ - ولا ينفق على ذوي ارحامه ولا على الكبار من ولده •

فصل

الوكيل على أموال المفقود

٦٧٨٩ - ويقيم الحاكم له وكيلًا يحفظ ماله وينفق من دخله على ما
يحتاج اليه حتى تثبت وفاته •

فصل

زوجة المفقود

٦٧٩٠ - ولا تزوج أمراؤه ما لم تثبت وفاته أو تأتى عليه مدة لا يعيش الى مثلها في الغالب ، وقد قدر بعض أصحابنا ذلك بمائة وعشرين سنة [والأرق ان يقدّر تسعين] ^(١) .

٦٧٩١ - وقال مالك اذا مضت اربع سنين اعتدت عدة الوفاة وتزوجت فان وصل الزوج قبل الدخول بها فهو أحق بها ، وهو قول الشافعي في القديم واحتج بخبر تميم الدارى .

٦٧٩٢ - وقد روى عن علي رضي الله عنه انه قال : امرأة بليت فلتصبر [حتى يستبين موت أو طلاق] ^(٢) .

فصل

٦٧٩٣ - ولو شهدت بينة بالطلاق والزوجة تقرأ أو تنكر ، وطلبت ان تفرض لها النفقة حتى تزكى البينة ففرض القاضي لها ذلك ، ثم اخذت ذلك وزكيت البينة فرق ولا شيء عليها وان لم تزك فردت الى الزوج فانه يرجع عليها بالنفقة لأن القاضي منعها منه فصار كمنعها نفسها .

فصل

٦٧٩٤ - وان كانت غير مدخول بها فلا عدة عليهما وان كانت مدخولا بها فقد منعت منه فلا نفقة لها .

(١) من الهداية ١٨٢/٢ .

(٢) الهداية ١٨١/٢ .

فصل

أمة ادعت الحرية

٦٧٩٥ - ولو كانت أمة فشهدت البينة ، وانفق عليها ازمانا لدعواها الحرية أما من جهته أو حرية الاصل فلم تترك البينة فردت في الرق فلا شيء عليها من ذلك . .

فصل

امراته أخته من الرضاع

٦٧٩٦ - ولو فرض النفقة لامرأة وقامت البينة أنها أخته من النسب أو الرضاع ، وقد كانت قبضت ذلك ، وفرق القاضي بينهما ، فانها ترد ما قبضت من ذلك لانها قبضته بغير حق فوجب عليها رده .

باب اختلافهما في الولد من يكون أحق به

فصل

٦٧٩٧ - وإذا أختصم الزوج والزوجة في الولد ، فالام اولى به اذا وقع الطلاق بينهما ، وبهذا قضى أبو بكر رضى الله عنه في عاصم بن عمر رضى الله عنه .

فصل

حضانة أم الأم

٦٧٩٨ - وأم الأم احق به مالم تتزوج أو يأكل وحده ويشرب ويتجى ، ثم الاب اولى منهما ان كان الولد ذكرا ، وأن كان أنثى فهي أحق بالجارية حتى تحيض ، ثم الاب اولى بها .

فصل

٦٧٩٩ - وإن تزوجت الأم أو ماتت فالجدة من قبل الأم أحق به من الأب حتى يستقنى الغلام بنفسه ، والجارية حتى تستهى ، ثم الأب أولى ، وسائر العصبات كالأب في ذلك .

فصل

تخير الغلام والجارية

٦٨٠٠ - ولا يخير الغلام والجارية إذا بلغا سبع سنين أو ثمانية ، وقال الشافعي يخير فيدفع الى من يختار من أبويه^(١) لانه لا يميز مصلحه من مفاسده .

فصل

الأم أحق بالحضانة

وقد روى [له] ان امرأة زوجها اختصما في ولد ، فقالت ، يا رسول الله صلى الله عليه وسلم [ابن ابني هذا] ، كانت بطني [له] وعاء وحجرى [له] حواء وندياي سقاء فكيف يأخذه مني^(٢) ؟

(١) جاء في سنبل السلام ٢٢٧/٣ - ٢٢٨ « عن أبي هريرة (ر) ان امرأة قالت :

يا رسول الله ان زوجي يريد أن يذهب بابني ، وقد نفعتني وسقاني من بئر ابي عتبة ، فجاء زوجها ، فقال النبي (ص) :

يا غلام ، هذا أبوك وهذه أمك فخذ بيد أيهما شئت ، فأخذ بيد أمه فانطلقت به . رواه أحمد والأربعة وصححه الترمذي وصححه ابن القطان والحديث دليل على أن الصبي بعد استغنائه بنفسه يخير بين الأم والأب ، وأختلف العلماء في ذلك . الخ .

(٢) سنبل السلام ٢٢٧/٣ وفي هذا المرجع « رواه أحمد وأبو داود وصححه الحاكم » وفيه أيضا ان الحكم الذي دل عليه (هذا) الحديث لاخلاف فيه وقضى به أبو بكر وعمر . ١ هـ

فقال عليه السلام ، أنت أحق به مالم تتزوجي
وقد وري عن شريح أنه قال ، الاب أشفق والام أرفق

فصل

أم الأم أولى بالحضانة

- ٦٨٠٢ - وأم الأم أولى به من أم الاب لانها أقرب الى الام ، ثم أم
الاب أولى من الخالة عند أبي خنيفة وأبي يوسف ومحمد •
٦٨٠٣ - وقال زفر الخالة أولى من أم الاب •

فصل

الأخت من الأب والأم

- ٦٨٠٤ - والأخت من الاب والام أولى من الخالة في رواية كتاب
النكاح ، وقال في رواية أخرى الخالة أولى ، والعمّة أولى من بنت الخالة ،
وأم الأم أولى وأن بعدت من الخالة ، وأم الولد اذا أعتقها سيدها أو مات
عنها كالحرّة ، والمسلمة والذمية في ذلك سواء •

فصل

لا حق لأم الولد في الحضانة

- ٦٨٠٥ - ولا حق لام ولد ولا مدبرة ولا مكاتبة في الحضانة لانهن
رقيق مولى عليهن •

فصل

ترتيب العصابات في الحضانة

- ٦٨٠٦ - والعصابات اذا اختصموا في الولد فالاب أحق ، ثم الجد ،
ثم الاخ من الاب والام ، ثم الاخ من الاب ، فان كان أبوام أو خال وعم

وطلبوا ذلك فالعلم أولى به ، لأن هذا حق للنساء ، فإذا لم يكن فثدو الرحم
المحرم .

فصل

هل للمرتدة حضانة

٦٨٠٧ - والام أحق به في كل حال اذا وقعت الفرقة ، الا المرتدة
اذا لحقت بدار الحرب ، فان عادت رجع حقها من الحضانة .

فصل

٦٨٠٨ - وان تزوجت سقط حقها ، فان طلقها الزوج عاد حقها من
الحضانة ، والطلاق الرجعي في ذلك والبائن سواء .

باب اختلاف الزوجين في متاع البيت

فصل

سبعة أقاويل

٦٨٠٩ - وان اختلف الزوجان في متاع البيت وتداعيا فقد اختلف
العلماء في ذلك على سبعة أقاويل .

٦٨١٠ - فقال أبو خنيفة : ما كان للرجال فهو للرجال وما كان
للنساء فهو للنساء ، وما كان مشكلا فهو للباقي منهما ، وفي الموت والطلاق
سواء .

٦٨١١ - واما في قول أبي يوسف تعطى المرأة جهاز مثلها ، والباقي
للزوج في الطلاق والموت .

٦٨١٢ - واما في قول محمد بن الحسن ما كان للرجال فهو للرجال

وما كان للنساء فهو للمرأة وما كان مشكلا فهو للرجل أو ورثته والطلاق والموت سواء •

٦٨١٣ - والرابع قول زفر انه ما كان للرجال فهو للرجال وما كان للنساء فهو للمرأة وما كان مشكلا فهو بينهما نصفان •

٦٨١٤ - والخامس قول مالك أن المتاع كله بينهما نصفان ، وهو قول الشافعي ، والموت والطلاق سواء ، وقد روى عن زفر مثله ، ذكره في اختلاف زفر •

٦٨١٥ - والسادس قول ابن أبي ليلى ان المتاع كله للزوج الا الثياب التي على بدن المرأة فانها أحق بها •

٦٨١٦ - والسابع ، ان المتاع كله للمرأة لان البيت لها ، وهو قول الحسن البصري •

فصل

أحد الزوجين مملوك

٦٨١٧ - وان كان أحد الزوجين مملوكا والاخر حرا فهو للحر منهما عند أبي حنيفة ، وقال أبو يوسف ومحمد ، ان كان مكاتباً أو مأذونا له في التجارة فهو والحر سواء في ذلك •

فصل

السفر بالصبي

٦٨١٨ - واذا أرادت الام السفر بالصبي فان الولي أولى به منها ، الا أن تخرجه الى مصرها الذي وقع النكاح فيه فلها ذلك ، ولا تخرجه من مصر الى قرية •

٦٨١٩ - وروى الخصاص ان لها ذلك ان وقع النكاح فيها فلها ان تنقل من المصر اليها •

٦٨٢٠ - وقال الطحاوى ، ليس لها ذلك

٦٨٢١ - وان اختلفا في موضع النكاح فقالت بالبصرة وقع وهما بالكوفة فالقول قول الزوج أنه بالكوفة وكتاب النفقات فكيف وفيه كل فرع عجيب وخلاف كبير ، وقد صنف منفردا في مجلد للخصاص وعيظه من اصحابنا ، وفيما ذكرت هو الذي تدعو الحاجة اليه ، وتقع غالبا ، ولما كانت النفقة تجب بمناسبة الملك كما تجب بمناسبة النكاح وكان العتق يزيل الملك كما يزيل الطلاق والنكاح ، وقد يعتق على الانسان من يجب عليه النفقة له ومن لا تجب عليه نفقة ، وجب ان تذكر العتاق وما يتفرع عليه من الكتب •

كتاب العتاق^(١)

دليل العتق

٦٨٢٢ - الاصل في العتق قوله تعالى :

« فلا أفتحم العقبة ، وما أدراك ما العقبة فك رقبة ، أو اطعام في يوم ذي مسغبة »^(٢) .

فصل

أسباب العتق

٦٨٢٣ - والعتق يجب على الانسان بسبب يوجد من جهته ، وسبب لا صنع له فيه ، فما هو سبب يوجد من جهته فهو القتل والحث في اليمين والعود في الظهار ، وهذه أسباب كلها معاصي لله تعالى في حال دون حال ،

(١) جاء في سبيل السلام (١٣٨/٤) العتق الحرية ، يقال عتق عتقا بكسر العين وبفتحها فهو عتيق وعاتق . وفي النجم الوهاج العتق أسقاط الملك من الآدمي قربا لله ، وهو مندوب وواجب في الكفارات .

(٢) البلد ٩٠/١١ وقد أقتصر السمناني على ذكر دليل العتق في القرآن ولم يشر الى الاحاديث الجمة الواردة في العتق على ما يستفاد من هذه الاحاديث من حرص الشرع الاسلامي على حماية الرقيق وأيجاب العتق عقوبة على الاساءة اليهم ، ومن جملة ذلك ما جاء في جامع مسانيد الامام (ج ٢ ص ١٦٢ - ١٦٣) من ايقاع الرسول العتق على من أساء الى راعية غنم له غفلت عن حراسة شاة فاختلسها الذئب فلطم رب الغنم أمته الراعية ثم ندم على ذلك فذكر ذلك لرسول الله (ص) فعظم النبي (ص) ذلك فقال ضربت وجه مؤمنة !

فقال أنها سوداء لا علم لها .

فارسل اليها رسول الله (ص) وسألها : أين الله ؟ قالت : في السماء ،

قال : فمن أنا ؟ قالت رسول الله .

قال : أنها مؤمنة فاعتقها .

والحال التي هي معصية اذا تعمد ذلك ، والتي ليست بمعصية اذا لم يتعمد
والثاني يجب عليه بالنذر وسائر أنواع النذر طاعة لله تعالى ، أو بقبول عقد
فيمن يعتق عليه • والثالث الذي لا صنع له فيه هو عتق ما ورثه ممن يعتق عليه

فصل

ما يعتق عليه

٦٨٢٤ - وعندنا يعتق عليه بالميراث والشراء وقبول الهبة كل ذي رحم
محرم من جهة النسب ، وقال الشافعي لا يعتق عليه سوى الوالدين وإن
عليهما والمولودين وإن سفلوا •

وقال أهل الظاهر ، لا يعتق عليه أحد إلا من يعتقه بقوله من سائر
العبيد ، ولا فرق بين القريب والبعيد •

فصل

مقى يجزي الولد والده

٦٨٢٥ - وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال ، (لا يجزي
ولد والده إلا أن يحمده مملوكا فيشتره فيعتقه) •

٦٨٢٦ - وقد روى عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال (من أعتق مملوكا
أعتق الله بكل عضو يعتقه عضوا منه من النار) (١) •

(١) ورد هذا الحديث في سبل السلام (١٣٨/٤) بصيغ أخرى منها:
عن أبي هريرة (ر) قال : قال رسول الله (ص) إنما أمرىء مسلم أعتق امرأ
مسلمأ استنقذ الله بكل عضو منه عضوا من النار • وأنظر أيضا جامع
مسانيد الإمام (١٦٥/٢) •

فصل

أي الرقاب أفضل

٦٨٢٧ - وسئل صلى الله عليه وسلم أي الرقاب أفضل ؟
فقال أغلاها [ثمنها] وانفسها عند أهلها^(١) .

فصل

صيغة العتق

٦٨٢٨ - ومن قال لعبد ، أنت حر لوجه الله أو لم يقل لوجه الله
فقد أعتق العبد .

فصل

٦٨٢٩ - ولو قال نصفك حر أو سمى جزءا من أجزائه يكون أقل
من النصف أو أكثر فإن الفقهاء مختلفون ، قال أبو حنيفة وجماعة معه إذا
أعتق النصف عتق نصفه وهو في النصف بالخيار أن شاء اعتقه وإن شاء
استسماه .

٦٨٣٠ - وقال أبو يوسف والشافعي ومحمد يعتق كله .

٦٨٣١ - وقد روى عن علي وابن عباس رضي الله عنهما انه يعتق
منه النصف ويبقى النصف الاخر في الرق وقد ذهب الى ذلك جماعة من
الفقههاء .

(١) جاء في سبيل السلام (١٣٩/٤) «عن أبي ذر» (ر) قال

سألت النبي (ص) أي العمل أفضل ؟

قال : إيمان بالله وجهاد في سبيله .

قلت فأى الرقاب أفضل ؟

قال : أغلاها ثمنا وانفسها عند أهلها .

متفق عليه .

٦٨٣٢ - وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أن رجلا اعتق
نقصا في عبد فاعتقه النبي صلى الله عليه وسلم قال ليس لله شريك •

فصل

إضافة العتق إلى عضو

٦٨٣٣ - وإذا أضاف العتق إلى عضو من العبد أو الأمة لا يبر به عن
جميع الشخص أو يجوز أن يبقى العبد بعد قطعة وأبنته حيا فإنه لا يعتق
عند أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد ، وهذا كاليد والرجل والشعر •
٦٨٣٤ - وقال زفر والشافعي يعتق وهو كعتق الجزء الشائع والمعلوم
منه وكذا في الطلاق •

فصل

٦٨٣٥ - وقال أصحابنا إذا قال عينك حر عتق لأنه يقال هذا عين
الرأى وعين الصواب كما يقال عين القوم ورأس العشيرة وعندي فرج
وحرّم فلان فرج امرأته يريد به الجملة •

فصل

٦٨٣٦ - ولو قال لعبد أو أمة ، أنت طالق ونوى العتق ، وقال الشافعي
يعتق ، وقد مضت في الطلاق •

فصل

تعليق العتق بمشيئة الله

٦٨٣٧ - ولو قال أنت حر إن شاء الله لم يعتق ، وكذلك لو قال إن
لم يشأ الله ، وقال مالك إذا قال إن شاء الله عتق لأن الله تعالى أخبر عن
موسى عليه السلام أنه قال ستجدني إن شاء الله صابرا ولم يصبر ولم يكذب
الله •

٦٨٣٨ - وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال ، والله لاغزون
قريشا ثم قال بعد ذلك ان شاء الله ، وتلا قوله تعالى ، ولا تقولن لشيء أني
فَاعِلُ ذلك غدا الا ان يشاء الله ، واذكر ربك اذا نسيت ، وبهذا احتج ابن
عباس في جواز استثناء المنقطع .

فصل

٦٨٣٩ - ولو قال لعبد له أكبر سنا منه هذا ابني عتق ، وقال أبو
وسف ومحمد والشافعي لأيتق ، لان هذا للفظ يتضمن الحرية وثبوت
النسب ، ويجوز أن ينفرد بعض ذلك عن الآخر .

فصل

٦٨٤٠ - ولو قال لمن هو أصغر منه ، هذا أبني عتق في قولهم جميعا
ولا فرق بينه وبين أن يكون معروف النسب أو لا نسب له معروف أنه
يعتق وأن كان منسوباً الى غيره .

فصل

أنت حر وعليك ألف درهم

٦٨٤١ - ولو قال له أنت حر وعليك ألف درهم عتق ولا شيء عليه
عند أبي حنيفة ، وقال يعتق عليه بالالف ، وهو قول الشافعي .

فصل

أنت حر بالالف

٦٨٤٢ - ولو قال بالف وقف العتق على قبول العبد في المجلس ، وقد
مضى في الطلاق نظيره .

فصل

إعتاق أحد الشريكين نصيبه

٦٨٤٣ - ولو أعتق أحد الشريكين فالآخر بالخيار أن شاء أعتق نصيبه ، وإن شاء ضمن المعتق قيمة نصيبه يوم العتق أن كان موسرا ، وإن شاء استسعى العبد ، فإن أعتق أو استسعى فالولاء بينهما نصفان ، وإذا ضمن الشريك كان له أن يستسعى العبد فيما أخذ منه ، والولاء له .

٦٨٤٤ - وقال أبو يوسف ومحمد إذا كان موسرا أعتق جميعه ووجب الضمان على المعتق ، وهو قول الشافعي وإذا كان معسرا فالخيار الى المولى بين العتق والاستسعاء عند أبي حنيفة ، وهو قولهما .

٦٨٤٥ - وقال الشافعي لا يستسعى بحال ويعتق منه ما عتق ويبقى الباقي على الرق للآخر ، غير أنه قال لو زنا العبد لم يجد بقدر ما فيه من الحرية فيجب نصف حد العبد ونصف حد الحر ، وهو في الشهادة بمثابة العبد وفي النكاح والطلاق .

فصل

أحدكم حر

٦٨٤٦ - وإن قال لأحد عبديه أحدكما حر وهو لا ينوي أحدا بعينه قيل له أوقع العتق على أيهما شئت وقد عتق واحد منهما بغير عينه (١) .

فصل

٦٨٤٧ - ومن الفقهاء من قال لا يعتق واحد منهما حتى يعين المعتق في واحد لأنه عتق في مجهول .

(١) هذا معناه أن الفقه الاسلامي يجيز وجود دائن بغير عينه ، ويلزم المدين بالتعيين في بعض الاحوال .

فصل

٦٨٤٨ - ولو قتلها رجل واحد بضربة واحدة فعليه دية وقيمة تؤخذ لكل واحد منهما لان احدهما حر والاخر عبد فيجب دية حر وقيمة عبد •

فصل

٦٨٤٩ - ولو قتلها رجلان فعلى كل واحد منهما قيمة ما قتل لا دية حر ، لانه لا يلزمه الضمان بالشك وفي الواحد قد تحققنا انه قتل حرا وعبدا فأسقط الضمان •

فصل

٦٨٥٠ - ولو باع أحد العبدین او اخرجته من ملكه ومات تعین العتق في الاخر ، لانه لم يبق على ملكه من يقبل الحرية غيره •
٦٨٥١ - وقال الشافعي له ان يصرف العتق الى الميت ، وكذلك قوله في طلاق احدى امرأته •

فصل

٦٨٥٢ - ولو كان مكان العبدین امتین قوطیء احدهما لم يتعين العتق في الاخرى عند ابي حنيفة ، لان ملك اليمين لا ينافيه التحريم ويجوز ان يجامعه •

٦٨٥٣ - وقال ابو يوسف ومحمد يتعين في الاخرى العتق كما لو طلق ووطىء احدهما ، ولاصحاب الشافعي في ذلك وجهان في التعین •

فصل

اشترى عبداً بجارية

٦٨٥٤ - ومن اشترى عبداً بجارية وجعل الخيار له فاعتقهما معا نفذ عتقه فيهما في قول ابي يوسف ومحمد •

٦٨٥٥ - وروى عن ابي حنيفة مثله ، وقد روى عنه انه قال ينفذ عتقه فيما كان من جهته خاصة بناء على ان من شرط الخيار زوال الملك اد الاشياء كلها لله تعالى ، وانما للعبد التصرف فيها باذن الشرع^(١) .

فصل

إعتاق المريض عبده

٦٨٥٦ - والمريض اذا اعتق عبده في مرضه وعليه دين يحيط بجميع ماله ، بعد عتقه سعى العبد في قيمته للغرماء .

٦٨٥٧ - وقال الشافعي لا ينفذ العتق ، لان العتق لا يلحقه الفسخ بعد ثبوته فصار كما لو مات .

فصل

٦٨٥٨ - ولو قتل العبد في تلك الحالة قاتل وجب عليه القصاص .

فصل

٦٨٥٩ - وقال اصحابنا لو اعتق ستة اعبد له في مرضه ولا مال له غيرهم عتق من كل واحد الثلث ، وسعى في ثلثي قيمته .

٦٨٦٠ - وقال الشافعي يجزؤن ثلاثة اجزاء ويقرع بينهم فعلى من خرجت القرعة عتق دون الباقي فنقل الحرية من شخص وابطل حقه بعد موته ، ولم يفعل ذلك في الوصايا ولا فى الديون ولا فى الطلاق الذى لم يعينه .

(١) وهذا معناه ان الملكية فى الفقه الاسلامي لا تعد سلطة مطلقة لشخص على شىء وانما هي حق فى التصرف فى الشىء المملوك فى حدود اذن الشارع بذلك . وان للشارع رسم حدود هذا الحق بما فيه مصلحة المكلفين بالشرع .

فصل

تعليق العتق

٦٨٦١ - وإذا علق عتق عبده بدخول الدار ثم باعه ثم اشتراه فدخل الدار عتق عليه ، وقال الشافعي لا يعتق لان اليمين لا تحل الا بوجود شرطها ، وليس للحالف الرجوع فيها •

فصل

عبيدي أحرار

٦٨٦٢ - ولو قال رجل عبيدي أحرار وله عبد مأذون له عبيد ، فان كان عليه دين لم يعتق عبيده ، وان نواهم ، وان لم يكن عليه دين عتقوا اذا نواهم عند ابني حنيفة ، وروى عنه انهم يعتقون وان لم ينوهم ، وهو قول محمد •

٦٨٦٣ - وقال ابو يوسف يعتقون مع النية في الفصلين ولا يعتقون مع عدمها فيهما جميعا •

فصل

رجوع الشاهدين على العتق

٦٨٦٤ - واذا شهد شاهدان على رجل انه اعتق عبده وهو يجحد فقتضى القاضي بعثه ثم رجعا غرما قيمة العبد •

٦٨٦٥ - خلاف الشافعي لم يضمن لانهما اتلفا عليه الرق فله قيمته •

فصل

شهادة أخوي المولى على العتق

٦٨٦٦ - ولو شهد أخوان ان المولى قد كان اعتق العبد قبل ذلك

لم يقبل ذلك عند ابي حنيفة لانه قد سبق عتقه لهذه الشهادة .

فصل

التعليق على وزن القيد

٦٨٦٧ - وإذا قيد الرجل عبده بقيد ثم قال له ، ان كان وزن القيد عشرة ارطال فأنت حر ، ثم قال ان حلك من القيد احد فأنت حر فشهد اثنان عند القاضي ان القيد عشرة ارطال فأمر بحله فحل ووزن القيد فكان أقل من عشرة ارطال فعلى الشاهدين الضمان عند ابي حنيفة .

٦٨٦٨ - وقال ابو يوسف ومحمد لاضمان عليهما لانه عتق وهو يقول هما سبب الحل وبقولهما وقع الحكم .

فصل

أحدكما حر

٦٨٦٩ - وقالوا في رجل له عبدان واسمهما واحد فقال ، سالم حر او أحدكما حر فشهد بذلك شاهدان عند الحاكم لم يقبل ذلك الا ان يكون قال ذلك في مرضه فيجوز في الاستحسان وهذا قول ابي حنيفة .

وقال أبو يوسف تقبل الشهادة كحالة المرض .

فصل

٦٨٧٠ - ولو قال ، سماء لنا ونسناه لم تقبل الشهادة عندهم جميعا ، وقال زفر يقبل ذلك ، لانهما شكيا في الشهادة .

فصل

آخر عبد اشتريته حر

٦٨٧١ - ولو قال آخر عبد اشتريته فهو حر ثم اشترى عبدا فمات

عن العبد عتق العبد عند الشراء ، فان كان في حال الصحة عتق من جميع المال ، وان كان مريضاً عتق من الثلث ، وقال ابو يوسف ومحمد يعتق قبل الموت بلا فصل لانه في تلك الحال يعلم انه آخر (عبد) وكذلك خلافهم في الطلاق اذا قال آخر امرأة اتزوجها •

فصل

٦٨٧٢ - ولو قال كل امة اشتراها فهي حرة فاليمين على من فسي ملكه يوم اليمين ، ولا تدخل التي اشتراها بعد ذلك •
٦٨٧٣ - وقال زفر تدخل وتعتق •

فصل

التسري^(١)

٦٨٧٤ - والتسري ان تحيض الامة ويطأها ويقصد الولد منها ، وقال ابو يوسف هي سرية وان لم يقصد الولد ولا طلب لان الاسم يقع على ذلك •

فصل

التعليق على الدخول وعدمه

٦٨٧٥ - واذا كان العبد بين شريكين فقال احدهما ، ان دخلت الدار اليوم فانت حر •

وقال الآخر ان لم تدخل الدار فانت حر ومضى اليوم ولم يدر ادخل ام لا فانه يعتق نصف بغير شيء ويسعى للشريكين في نصف قيمته ، سواء كانا موسرين او معسرين عند ابي حنيفة •

(١) سرّره سرّية زوجه اياها ، ويقال ايضا سرّاه على الابدال (المنجد) •

٦٨٧٦ - وقال ابو يوسف ان كانا موسرين فلا سعاية عليه لهما ،
وان كانا مفسرين سعى لهما ، وهو قول محمد في الفصلين ، وان كان
احدهما موسرا والاخر معسرا سعى للمعسر عند ابي يوسف ، وعند
محمد يسمى للموسر في نصف قيمته والولاء بينهما نصفين عند ابي حنيفة .
٦٨٧٧ - وقال ابو يوسف ومحمد الولاء موقوف .

لانا تحققنا عتقه وثبت قولنا انه على من يعتق التصف من كل واحد
على تنزيل الاحوال ولا سعاية عليه لانه عتق نصف كل واحد منهم
حرمة مالكة .

فصل

عتق النصيب

٦٨٧٨ - والمريض اذا اعتق نصيبه من العبد المشترك عتق ، ولا
ضمان عليه عند ابي حنيفة .

وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي عليه الضمان .

فصل

حكم العبد الساعي

٦٨٧٩ - والعبد مادام يسعى فهو كالمكاتب في شهادته وجنائته وحدوده
عند ابي حنيفة ، وقال ابو يوسف ومحمد هو كالمديون .

فصل

شهد أن صاحبه أعتق نصيبه

٦٨٨٠ - والعبد اذا كان بين اثنين فشهد احدهما على صاحبه انه
اعتق نصيبه لم تجز الشهادة للعبد وعليه ان يسعى لهما في قيمته فتكون

بتهما نصفين عند ابي حنيفة •

٦٨٨١ - وقال ابو يوسف ومحمد ان كان المشهود عليه^(١) معسرا
يسمى الشاهد ، وان كان موسرا لم يسع له ويسعى للمشهود عليه فسي
نصف قيمته في الاحوال كلها •

فصل

عبدان في الدار وثالث في الخارج

٦٨٨٢ - رجل له ثلاثة اعبد اثنان في الدار والآخر خارج عنها
فقال لمن في الدار احكما حر فخرج واحد منهما ودخل الخارج فقال احكما
حر ، يعتق من الخارج النصف ومن الثابت في الدار ثلاثة ارباع ومن
الداخل النصف عند ابي يوسف وقال محمد يعتق من الداخل الربع ،
وفيه يقع الخلاف بينهم •

وان قال ذلك في مرضه قسم الثلث بينهم على هذا السيل •

فصل

أول من تلدينه حر

٦٨٨٣ - ولو قال رجل لامته ، أول ولد تلدينه فهو حر فولدت
ولدا ميتا ثم آخر حيا يعتق الثاني عند ابي حنيفة ، وقال ابو يوسف
ومحمد لا يعتق •

لانه ليس بأول •

٦٨٨٤ - واتفقوا على انه لو قال ذلك وجعل جواب الشرط عتق
عبد آخر أو طلاق امرأة له عتق ذلك الولد الاول لان المقصود عتق

(١) كذا في نسخة (و) والصواب على ما يظهر : الشاهد •

المحلو ف عليه لا عتق الولد ، وفي المسألة الاولى المقصود عتق من يولد
من الاولاد •

فصل

عبد وبهيمة

٦٨٨٥ - ومن قال لعبد وبهيمة احكما حر ، عتق العبد عليه
عند ابي حنيفة لان البهيمة لا يصح عتقها ، ولو كان معه عبد لغيره
فقال له ذلك لم يعتق ، وقال لا يعتق في الوجهين •
لانه يحتمل ان يقول اردت الآخر بالقول •

فصل

يا حر ، يا مولاي

٦٨٨٦ - ولو قال لعبد يا ابني او يا بنتي فانه يعتق عند ابي حنيفة ،
وروي ابن رستم بانه لا يعتق بالتكنى الا في موضعين ، ان يقول يا حر ،
يا مولاي ، وهو قول مشهور •

فصل

انت حر على ألف

٦٨٨٧ - ولو قال لعبد ، انت حر على الف درهم على ان يؤدي
الي كل شهر مائة درهم فانه لا يكون بيعه ، وهو مكاتب في احدي
الروايتين ، وقال في الاخرى يجوز بيعه ، وهو مثل قوله ان دخلت
الدار •

فصل

تعليق العتق على خدمة المعتق

٦٨٨٨ - ولو قال لعبد انت حر على ان تخدمني اربع سنين فقبل

العبد ذلك عتق في الحال ، فان مات قبل الاربع سنين وترك مالا يؤدي من ذلك الى المولى قيمة نفسه عند ابي خيفة في قوله الثاني وهو قول ابي يوسف ، وفي قوله الاول يؤدي قيمة خدمته لما بقي من المدة • وهو قول محمد •

لان الخدمة هي المستحقة عليه وقد تعذرت فيجب القيمة •

فصل

تعليق العتق على دخول الدار

٦٨٨٩ - ولو قال لعبد ان دخلت الدار فأنت حر ثم باعه ودخل الدار وهو في يد المشتري لم يعتق •

٦٨٩٠ - وقال ابن ابي ليلى يعتق •
لانه دخل في حالة لا يملك ايقاع العتق عليه فلا يعتق بالشرط •

فصل

عتق مشتري العبد المفضوب المستحق

٦٨٩١ - ولو غصب رجل عبدا فباعه ثم ان المشتري له اعتقه ثم قامت البينة لصاحبه بالملك فعتق المشتري جائز عند ابن ابي ليلى وباطل عند فقهاءنا •

لانه لم يملك المشتري ، وقد اعتق ملك الغير •

فصل

٦٨٩٢ - واذا ادعى العبد او الامة على المولى العتق وهو ينكر ذلك ، فان كان له بينة سمعت وقضى بها ، وان لم تكن له بينة فالقول قول المولى مع يمينه انه ما اعتق العبد ، وفي الامة ما اعتقها في هذا الملك ،

فأن حلف فهو رقيق ، وإن نكل عن اليمين قضى عليه بالعق وجعل عليه
الولاء له .

٦٨٩٣ - ولما كان العتق يجوز بغير بدل وبدل ، وكان ذكر مسائل
العتق منها ما يكون على عوض بين خلاف الناس في ذلك .

كتاب المكاتب

وهذا كتاب المكاتب (١)

٦٨٩٤ - والكتابة أمر ندب الله تعالى اليها (٢) ، لمن طلبها من العبد
بقوله تعالى :

(١) جاء في سبل السلام (٤ / ١٤٤) أن المكاتب اسم مفعول من
الكتابة ، وهو من وقعت عليه الكتابة ، وحقيقة الكتابة تعليق عتق العبد
على ادائه مالا أو نحوه ، من مالك أو نحوه ، وهو على خلاف القياس عند
من يقول إن العبد لا يملك .

وفي الاقناع في حل الفاظ ابي شجاع (٣٣١/٢) .

الكتابة وهي بكسر الكاف على الأشهر ، لغة الضم والجمع لأن فيها
ضم نجم إلى نجم ، والنجم يطلق على الوقت أيضا الذي يحل فيه مال الكتابة
وسميت كتابة للعرف الجاري بكتابه ذلك في كتاب يوافقه ، وشرعا عقد
عتق بلفظها بعوض منجم بنجمين فاكتر ، ولفظها اسلامي لا يعزف في
الجاهلية . أهـ

وعلى فرض صحة أن اللفظ اسلامي لم يستعمل في الجاهلية بهذا
المعنى ، فإن هذا ليس بدليل على أن عتق العبد بعوض منجم كان غير
معروف في الجاهلية .

(٢) وذهب الشافعية أيضا إلى أن الكتابة مستحبة لا واجبة أن
طلبها الرقيق (الاقناع ٣٣١/٢) .

أما أهل الظاهر فلهم في الكتابة رأي جدير بالتقدير والتنويه ، فقد
ذهبوا إلى أن على السيد حين يدعوه عبده إلى المكاتب أن يستجيب وإن

←

« والذين يبتغون الكتاب مما ملكت أيمانكم فكاتبوهم إن علمتم فيهم
خيراً وآتوهم من مال الله الذي آتاكم) • وقد اختلف العلماء في قوله
(إن علمتم فيهم خيراً) فمنهم من قال الخير المال وقال الآخرون الخير
الصلاح والدين^(٢) .

فصل صيغة المكاتب

٦٨٩٥ - والكتابة ان يقول المولى لعبده ، قد كاتبتك على ألف درهم

→
السلطان يجبره عليها عند امتناعه اذا كان العبد مسلماً او مسلمة (المحل
٢٢٢/٩) وبذلك مهد أهل الظاهر السبيل في زمانهم لاعلان حق العبيد في
الحرية لقاء التزامهم بعوض يدفع على نجوم ويحط منه ، وعبارة ابن حزم
في هذا : « من كان له مملوك مسلم او مسلمة فدعا او دعت الى الكتابة
ففرض على السيد الاجابة الى ذلك ، ويجبره السلطان على ذلك بما يدرى
ان المملوك العبد او الامة يطيقه بما لا حيف فيه على السيد ، لكن مما
يكاتب عليه مثلها ولا يجوز كتابة عبد كافر أصلاً » .

وقد استند ابن حزم الى مطلق صيغة الامر في قوله تعالى : « والذين
يبتغون الكتاب مما ملكت أيمانكم فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيراً ، وآتوهم
من مال الله الذي آتاكم » .

وتجلى أهمية رأى أهل الظاهر في وجوب الاستجابة الى طلب المكاتب
في كونه يمهّد السبيل لالغاء الرق وان قيد ذلك بقيد فاشترط في طالب
المكاتب من الارقاء أن يكون مسلماً وان يكون قادراً على الوفاء بما كاتب
عليه والعمل •

(٢) اكتفى السمناني بالإشارة الى دليل المكاتب من القرآن اما
دليلها من الحديث فخير « المكاتب عبد ما بقى عليه درهم • رواه ابو داود
وغيره » (الاقناع ٣٣١/٢) •
أما دليل الكتابة من العقل فالحاجة الداعية اليها كما اشار الشربيني
في الاقناع (ايضاً) •

أو مال سماه قل أو كثر فتؤديها الى كذا وكذا نجما ، فاذا أديتها عتقت ، وان عجزت عنها فأنت رقيق ويقبل المكاتب ما قال له المولى فاذا قبل فقد صار الآن مكاتبا لا يجوز بيعه الا ان يعجز .

فصل

هل يجوز بيع المكاتب؟

٦٨٩٦ - واجاز مالك بيع المكاتب ، وهو أحد قولى الشافعي .

فصل

٦٨٩٧ - ولا يجوز البيع وان رضى المكاتب ، وعن أبي يوسف به يجوز اذا رضى .

فصل

شرط الخيار في الكتابة

٦٨٩٨ - ويجوز شرط الخيار للمولى وللعبد في الكتابة .
٦٨٩٩ - وقال الشافعي لا يجوز ذلك ، ولا خلاف انه لا يثبت له خيار المجلس .

فصل

لزوم الكتابة

٦٨٩٠ - والكتابة عقد لازم في حق السيد والعبد جميعا .
٦٨٩١ - وقال الشافعي غير لازم في حق العبد^(١) .
٦٨٩٢ - لانها عقد معاوضة كالبيع والنكاح .

(١) الاقناع ٢/٣٣٢ - ٣٣٣ .

فصل

الحلول والأجل والتنجيم

- ٦٩٠٩ - وتجوز حالة ومؤجله ومنجمه
- ٦٩١٠ - وقال الشافعي لا تجوز حالة
- ٦٩١١ - والآية عامة في الحال والمؤجل وقياسا على سائر العقود

فصل

المكاتبة على عين

- ٦٩١٢ - وان كتبه على عين ففيها روايتان احدهما تصح والاخرى لا تصح

فصل

عبارة (إن أديت إلى)

- ٦٩١٣ - وتصح الكتابة وان لم يقل المولى ان اديت الي ، وقال الشافعي لا بد من ذلك

فصل

الايثاء^(١)

- ٦٩١٤ - والايثاء غير واجب من مال الكتابة
- ٦٩١٥ - وقال الشافعي يجب ، واختلف في قدر ما يحط عنه ، فروى عنه الثلث وروى الربع ، ولو كان الايثاء واجبا لوجب الكتابة ولا

(١) الايثاء هو التصديق على المكاتب بما تعهد به لمولاه من مال واصل ذلك قوله تعالى « وآتوهم من مال الله الذي آتاكم » ، وفي هذه الآية اشارة خفية الى وجوب تيسير حرية المكاتب ، وان هذا الحيط ضرب من الصدقة المؤكدة لما في الآية من اشارة الى مبنى الامر ، فتأمل

- خلاف انها لا تجب .
٦٩١٦ - ولا يجب حظ جزء من الاعواض في النكاح والبيع .

فصل

كتابة الأمة والصغير

- ٦٩١٧ - والأمة والعبد في الكتابة سواء .
٦٩١٨ - والصغير الذي يعقل في ذلك سواء ، قال الشافعي لا تصح كتابة الصغير ، لان للمولى ان يأخذ كسبه بلا كتابة فله في ذلك منفعة .

فصل

- ٦٩١٩ - وان كاتب عبده كتابة واحدة صحت وقسم المال على قدر قيمتهم عند اصحابنا جميعا .
٦٩٢٠ - وقال الشافعي ذلك باطل .

فصل

ضمان المكاتين مال الكتابة

- ٦٩٢١ - وان ضمن أحدهما وكل واحد منهما مال الكتابة صح ضمان ، ولا يعتق واحد منهما حتى يؤدي الجميع .
٦٩٢٢ - وقال الشافعي لا يصح ذلك .

فصل

العتق لا يتجزأ

- ٦٩٢٣ - ولا يعتق منه بقدر ما ادى ^(١) ، وقد روى عن النبي صلى

(١) جاء في جامع مسانيد الامام (١٦٩/٢) :
« ابو حنيفة عن حماد عن ابراهيم عن علي بن ابي طالب (و) في المكاتب : يعتق منه بقدر ما ادى ويرق بقدر ما عجز . اخرجه الامام محمد ابن الحسن في الاثار فرواه عن الامام ابي حنيفة (ر) .

الله عليه وسلم انه قال : (المكاتب عبد ما بقى عليه درهم)^(١) .

فصل

٦٩٢٤ - ولو أقر بالجناية والغصب يؤخذ مما في يده ومن كسبه .

فصل

٦٩٢٥ - وإن عجز رد في الرق ، وأخذ منه بعد العتق .

٦٩٢٦ - وقيل الشافعي ، يؤخذ الجميع بعد العتق .

فصل

شهادة المكاتب وجناته إلخ . . .

٦٩٢٧ - وهو كالعبد في الشهادة والحدود والجناية عليه وله .

٦٩٢٨ - وتصلى المكاتب مكشوفة الرأس كالامة .

(١) في سبل السلام (١٤٥/٤) عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي (ص) قال : المكاتب عبد ما بقى عليه من مكاتبته درهم . أخرجه أبو داود بإسناد حسن ، وأصله عند أحمد والثلاثة وصححه الحاكم . وروى من طرق كلها لا تخلو من مقال . قال الشافعي في حديث عمرو بن شعيب : لا أعلم احدا روى هذا الا عمرو بن شعيب ، ولم أر من رضيت من أهل العلم يشبهه ، وعلى هذا فتيا المفتين ، والحديث دليل على ان المكاتب اذا لم يف بما كوتب عليه فهو عبد له احكام المماليك ، والى هذا ذهب الجمهور والهادوية والحنفية والشافعي ومالك ، وفي المسألة خلاف . . . وقول الجمهور دليله الحديث ، وان كان ما خلت طرقة عن قاذح الا انه ايدته آثار سلفية عن الصحابة ، ولانه أخذ بالاحتياط في حق السيد ، فلا يزول ملكه الا بما قد رضى به من تسليم ما عنده عبده ، فالاقرب كلام الجمهور . اهـ

وانظر ايضا رواية هذا الحديث في جامع مسانيد الامام ١٦٩/٢ وفيه « ابو حنيفة عن حماد عن ابراهيم عن زيد بن ثابت (ر) كان يقول : يقول : المكاتب عبد ما بقى عليه درهم » .

فصل

وطء المكاتب

- ٦٩٢٩ - وان وطأها المولى وجب عليه المهر وقال بعض الفقهاء
لا مهر عليه وله أن يطأها كما يطأ أم الولد والمديرة .

فصل

ليس للسيد التصرف في المكاتب

- ٦٩٣٠ - واتفقوا على أنه ليس أن يؤجره ولا يزوجه ولا يأخذ مما
في يدهما من شيء سوى الضريبة^(١) .

فصل

توقف الملك

- ٦٩٣١ - والملك موقوف بينهما وبين المولى في جميع ما يدهما .

فصل

ولد المكاتب

- ٦٩٣٢ - وان ولدت المكاتب ولدا دخل معها في الكتابة ، فإن اشترت
ذوى ارحامها فليس له بيعهم ولا التصرف فيهم عند أبي يوسف ومحمد ،
وقال أبو حنيفة لهما بيع ما سوى الوالدين والولد .

فصل

موت المكاتب عن وفاء بمال الكتابة

- ٦٩٣٣ - وان مات المكاتب وترك وفاء بمال الكتابة فإنه يؤدي ذلك

(١) المقصود بالضريبة هنا العوض المتفق عليه في عهد المكاتب .

عنه ويعتق في آخر جزء من اجزاء حياته • ويكون ما فضل بعد ذلك لورثته لا لمولاه •

٦٩٣٤ - وقال الشافعي ، يموت على الرق ويأخذ الولي ذلك كله كما يأخذه بعد العجز •

٦٩٣٥ - وقد روى عن ابن مسعود انه اذا أدى قدر قيمته في حال الحياة لم يبطل العتق وان لم يوف الضريبة •

فصل

شرط أن لا يسافر

٦٩٣٦ - ولو شرط على المسافر ان لا يسافر عن المصر فالقياس ان تبطل الكتابة ، والاستحسان ان يبطل الشرط ، وله ان يخرج ، لانه يتصرف فيما يعود بربح المال •

فصل

تصرف المكاتب

٦٩٣٧ - وله ان يبيع بالنقد والنسيئة ويؤجر نفسه وعبده وامته •

فصل

إذن السيد في الزواج

٦٩٣٨ - ولا يتزوج ولا تزوج المكاتبه الا بأذن السيد •

فصل

٦٩٣٩ - وله ان يزوج الاماء وليس له ذلك في العبيد •

فصل

الولاء لمن؟

٦٩٤٠ - وله ان يكتب عبده فان ادى عتق وكان الولاء موقوفاً

على اداء الاصل ، فان عتق كان الولاء له وان عجز فالولاء لمولاه عندنا •

فصل

هبة المكاتب وضمانه

٦٩٤١ - وليس له ان يهب من المال شيئاً ولا يضمن ولا يتبرع وان اذن له مولاه ، وللشافعي في تبرعات المكاتب قولان ، وكذلك في ضمانه وكفالته •

فصل

الإبراء بالتعجيل

٦٩٤٣ - ولو قال المولى له ، اذا عجلت مال الكتابة كذا فانت برىء مما بقى فعجل ذلك برىء من الباقي وعتق •

فصل

إبراء المكاتب

٦٩٤٣ - وان أبرأه من مال الكتابة صحت البراءة وعتق وتبعه سائر اولاده واكسابه •

فصل

موت المكاتب عن ولد

٦٩٤٤ - وان مات المكاتب وترك ولداً فانه يسعى في نجوم الكتابة فان ادى عتق وان عجز رد في الرق اذا ولد في الكتابة ، وان كان اشتراء قيل له اما ان تؤدي في الحال او ترجع في الرق عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد هذا والاول سواء ولا فرق بين الجميع عندهما •

فصل

إبراء بعض الورثة

٦٩٤٥ - واذا أبرأ بعض الورثة من نصيبه فالبراءة باطلة وان أبرأ

جميعهم فالبراءة صحيحة ويكون الولاء للميت لا لهم •
٦٩٤٦ - وقال بعض الفقهاء انه لا تصح براءتهم لان شرط عتقه
الاداء ولم يحصل ذلك •

فصل

مكاتبة نصف العبد

٦٩٥٠ - ويجوز ان يكتب نصف العبد كما يجوز ان يبيعه ، وقال
أبو يوسف ومحمد والشافعي يصير مكاتباً كما قالوا في العتق •

فصل

مكاتبة النصيب

٦٩٥١ - واحد الشريكين اذا كاتب نصيبه فللذى لم يكتب ان يفسخ
الكتابة ، وان لم يفعل حتى ادى الضريبة عتق وصار كقن بين اثنين اعتقه
احدهما ، والمولى بالخيار ان شاء استسعى وان شاء اعتقه ، ويرجع الذى
لم يكتب بنصف ما اخذ الذى كاتب لانه قبض كسب مشترك ، ، واذا
اخذ المولى منه عاد على المكاتب بذلك ان كان كاتبه نصيبه وان كان كاتبه
كله لم يرجع عند ابي حنيفة •

٦٩٥٢ - وقال ابو يوسف يرجع في الحالين •

٦٩٥٣ - وقال ابن ابي ليلى لا يرجع الحالين ، ولا يرجع [على]
المولى الذى كاتب في شئ مما قبض^(١) •

فصل

المكاتبة على وصف

٦٩٥٤ - واذا كاتب على وصف او ثوب هروى صحت الكتابة وله

(١) في هذه المسئلة تطبيقات متعددة لمبدأ الكسب دون سبب •

- الوسط من ذلك كما قلنا في النكاح .
 ٦٩٥٥ - وقال الشافعي الكتابة باطلة في قولهم جميعا لانه مجهول
 القدر والصفة .

فصل

شرط الخدمة بعد اداء المال

- ٦٩٥٦ - ولو شرط على المكاتب ان يخدمه بعد اداء المال سنة جاز
 ذلك وتجب عليه الخدمة بعد اداء المال .

فصل

عجز المكاتب

- ٦٩٥٧ - واذا عجز المكاتب نفسه ولم يؤد روى عن علي رضي الله
 عنه انه قال : اذا توالى عليه نجمان ولم يؤد رد في الرق .
 ٦٩٥٨ - وهو قول ابي يوسف .
 ٦٩٥٩ - وقال ابو حنيفة ومحمد اذا عجز من نجم واحد احضره
 القاضي وطالبه فان كان له مال حاضر او غائب يرجى وصوله في مدة ثلاثة
 ايام ضرب له تلك المدة والا حكم بعجزه ورده الى الرق^(١) .

فصل

- ٦٩٦٠ - ويطيب للمولى ما كان اخذه من المكاتب^(٢) بعد العجز
 كما يطيب له بعد الاداء ، ولا خلاف في ذلك .

فصل

اختلاف المولى والمكاتب

- ٦٩٦١ - واذا اختلف المولى والمكاتب في قدر مال الكتابة فالقول

(١) من تطبيقات مبدأ الفسخ في العقود .
 (٢) في نسخة المعهد « ما كان تصدق به على المكاتب » .

قول المولى في قدر المال •

٦٩٦٢ - وقول آخر ان القول قول المكاتب وهو قول ابى حنيفة
الآخر اذا ادعى صح ، ولو انكره تجوز الكتابة عليه كالخلع ولا يتحالفان •
٦٩٦٣ - وقال الشافعي يتحالفان فى الجميع كما فى البيع وهو
قولهما وقول الاول ، وقد قدمنا القول فى ذلك فى البيوع •

فصل

تقديم بينة المولى

٦٩٦٤ - فان اقاما بينة فالبينه بينة المولى لانها تثبت الزيادة ، والوجه
الذى قبلنا فيه البينة غير الوجه الذى حلف عليه •

فصل

الكتابة الفاسدة

٦٩٦٥ - وفى الكتابة الفاسدة اذا ادى المكاتب البذل الى الورثة
عتق وكان عليه قيمة نفسه •
٦٩٦٦ - وقال الشافعي لا يعتق •

فصل

المكاتبه على خمر أو خنزير

٦٩٦٧ - ولو كاتبه على خمر او خنزير فأدى ذلك عتق وكان عليه
قيمة نفسه ، وهذا لا خلاف فيه ان الكتابة الفاسدة يعتق فيها العبد وهي
حجة لاصحابنا فى البيع الفاسد اذا اتصل به القبض ان المشتري يملكه •
٦٩٦٨ - وفى المكاتب مسائل كثيرة وهو فى الاصل محله ، وقد
ذكرت اصوله وبعض فروعه ، وقل ان يقع اليوم فيه كتاب او يحتاج
فيه الى فتوى •

واذا قد ذكرنا حكم العتق المعجل وحكمه اذا كان على عوض وبقي
ان يذكر حكم العتق بعد الموت ما حكمه وهو التدبير •

كتاب التدبير

وهذا كتاب التدبير^(١)

فصل

تعريف التدبير

٦٩٦٩ - اتفق الفقهاء على أن الرجل إذا قال لعبده أنت حر بعد موتي أو دبرتك ، أو إذا مت فأنت حر ، أن العبد مدبر^(٢) يعتق بعد الموت ، فإن كان له مال عتق من ثلث المال ، وإن لم يكن له مال عتق منه الثلث وسعى في ثلثي قيمته عند أصحابنا •

فصل

عدم التصرف بالمدبر

٦٩٧٠ - وقالوا لا يجوز بيع هذا المدبر ولا هبته ولا التصديق به •
٦٩٧١ - وقال مالك يجوز بيع المدبر في الدين في الحياة وبعد الوفاة •

(١) جاء في لسان العرب في مادة (دبر) التدبير أن يتدبر الرجل امره ويدبره أي ينظر في عواقبه والتدبير أن يعتق الرجل عبده عن دبر ، وهو أن يعتق بعد موته فيقول : أنت حر بعد موتي ، وهو مدبر •
وفي الإقناع (٣٢٨ / ٢) « التدبير لغة النظر في عواقب الأمور ، وشرعا تعليق عتقه بالموت الذي هو دبر الحياة ، فهو تعليق عتق بصفة لا وصية ، ولهذا لا يفتقر إلى اعتاقه بعد الموت ، ولفظه مأخوذ من الدبر لأن الموت دبر الحياة ، وكان معروفا في الجاهلية فأقره الشرع •
(٢) في سبيل السلام (٤ / ١٤٤) « المدبر اسم مفعول ، وهو الرقيق الذي علق عتقه بموت مالكة ، سمي بذلك لأن مالكة دبر ديناه وآخرته ، أما ديناه فاستمرار انتفاعه بخدمة عبده ، وأما آخرته فتحصيل ثواب العتق •

٦٩٧٢ - وقال الشافعي يجوز له بيعه في حال الحياة ولا يجوز للموتنة بيعه بعد الموت في أحد قولي^(١) .

٦٩٧٣ - وقد روى ابن عمر رضى الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم (ان المدير لا يباع ولا يوهب ، ويعتق من ثلث المال)^(٢) .

ولا نه يعتق بالموت كأم الولد ، وكان القياس عندهم يقتضي ان يجوز بيعه ، وهو قول بشر .

فصل

٦٩٧٤ - وقد قال اصحابنا ان التدبير لا يمنع البيع ، وهو ان يقول اذا مت من مرضى هذا او سفرى هذا فأنت حر ، فهذا تدبير لا يمنع البيع عندهم وعليه حملوا خبر جابر (رحمه الله) ان النبي صلى الله عليه

وفي بداية المجتهد (٢ / ٣٢١) أجمع المسلمون على جواز التدبير ، وهو ان يقول السيد لعبده : انت حر عن دبر منى او يطلق فيقول انت مدبر ، وهذان هما عندهم لفظا التدبير ، باتفاق وانظر القوانين الفقهية لابن جزی ص ٣٨١ .

(١) الاختناع للشربيني ٣٢٩/٢ .

(٢) في بداية المجتهد (٢/٣٢٣) « قال مالك وابو حنيفة وجماعة من أهل الكوفة : ليس للسيد ان يبيع مدبره . وفي موطأ مالك رواية محمد بن الحسن الشيباني (ص ٣٠٠) اما نحن فلا نرى ان يباع المدبر ، وهو قول زيد بن ثابت وعبدالله بن عمر ، وبه نأخذ ، وهو قول ابي حنيفة ، والعامه من فقهاءنا » (وانظر نيل الاوطار ج ٦ ص ١٠١-١٠٢) وفيه « ان المدبر لا يباع ولا يوهب وهو حر من الثلث » .

وسلم باع غلاما اعتقه مولاة عن دبر منه بثمنائة درهم في دين عليه^(١) .

فصل

تدبير عبد لشريكين

٦٩٧٥ ولو كان العبد لشريكين فقالا اذا متنا فأنت حر ، فهذا ليس
تدبير ، ويجوز لهما بيعه ، فان مات احدهما صار مدبرا من الآخر لانه
يعتق عليه بموته ، والاول لا يعتق بموت احدهما وانما يعتق بموتهما .
ويصير حيثد كعبد بين رجلين دبره احدهما فان شريكه بالخيار
ان شاء اعتق ، وان شاء دبره وان شاء استساعه وان شاء ضمن الشريك
ما بين قيمته مدبرا الى غير مدبر .

وعند ابي يوسف ومحمد يصير كله مدبرا من جهة الذى دبره
ويلزمه الضمان لصاحبه موسرا كان او معسرا ، فرقا بينه وبين العتق
في هذا الموت .

فصل

جناية المدبر

٦٩٧٦ - وجناية المدبر مضمونة على السيد بقيمة المدبر ، وان جنى
اخرى شارك الاول فيما اخذ من المولى ، وفي الجناية الثالثة كذلك ايدا .

فصل

ولد المدبرة

٦٩٧٧ - واذا ولدت المدبرة ولدا فهو مدبر مثلها وحكمه حكمها في
سائر ما ذكرناه .

(١) جاء في الامام لابن دقيق العبد (ص ٣٨٧) عن جابر قال :
اعتق رجل من الانصار غلاما له عن دبر ، وكان محتاجا ، وكان عليه دين ،
فباعه (الرسول) بثمان مائة درهم فاعطاه اياها ، وقال : اقض
دينك . اهـ .

فصل

تدبير العبد المشترك

٦٩٧٨ - واذا قال كل واحد من الشريكين في العبد دبرت نصيبه منه ، او انت حر بعد موتي وخرج القولان منهما جميعا معا فهو مدبر منهما جميعا لا يباع ولا يوهب •

فصل

ثبوت نسب من ادعاه مدبر أو مكاتب

٦٩٧٩ - ولو ادعى المدبر أو المكاتب نسب ولد وصدقه المولى في ذلك ثبت النسب ، وهل يقتقر في العبد الى تصديق المولى ؟ فيه روايتان احدهما يقتقر الى ذلك والثانية لا يقتقر •

فصل

٦٩٨٠ - والمكاتبه اذا ولدت من المولى ان شاءت عجزت نفسها وصارت أم ولد وان شاءت أدت وعقت •
واذا قد ذكرنا طرفا من التدبير فوجب ان نذكر من الاستيلاء طرفا •

كتاب أمهات الأولاد

وهذا كتاب أمهات الأولاد

الآثار الواردة

٦٩٨١ - روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال ، لما رية رضى الله عنها ، اعتقها ولدها^(١) ، ونادى عمر بن الخطاب رضى الله عنه على المنبر .

(الا ان بيع امهات الاولاد حرام)^(٢) والصحابة رضى الله عنهم

(١) الامام لابن دقيق العيد (ص ٣٨٨) وثمة خبر آخر تبني عليه أحكام أمهات الاولاد لم يذكره السمعاني وقد اشار اليه الشرييني في الاقتناع (٣٣٥/٢) بقوله « والاصل في ذلك خبر : ايما أمة ولدت من سيدها فهي حرة عن دبر منه . رواه ابن ماجة والحاكم وصحح اسناده ، وخبر الصحيحين عن أبي موسى ، قلنا يا رسول الله انا نأتى السنبابيا ونحب ائمانهن فما ترى في العزل ؟ فقال ما عليكم ان لا تفعلوا ، ما من نسمة كائنة الى يوم القيامة الا وهي كائنة .

ففي قولهم (ونحب ائمانهن) دليل على أن بيعهن بالاستيلاء ممتنع ، واشتهد لذلك البيهقي بقول عائشة (ر) : لم يترك رسول الله دينارا ولا درهما ولا عبدا ولا أمة ، قال فيه دلالة على انه لم يترك أم ابراهيم رقيقة ، وأنها اعتقت بموته . اهـ

(٢) جاء في نيل الاوطار (ج ٦ ص ١٠٩ - ١١٠) : عن عطاء عن جابر قال : بعنا امهات الاولاد على عهد رسول الله (ص) وأبي بكر (ر) فلما كان عمر نهانا فانتھينا .

وعن ابن عمر عن النبي (ص) انه نهى عن بيع امهات الاولاد ، وقال : لا يبعن ولا يوهبن ولا يورثن ، يستمتع بها السيد ما دام حيا ، واذا مات فهي حرة .

رواه الدارقطني ، ورواه مالك في الموطأ ، والدارقطني من طريق آخر عن ابن عمر عن عمر من قوله . وهو أصح . وانظر أيضا ص ٢٨٢ من موطأ مالك ط ٢ تعليق وتحقيق عبد الوهاب عبد اللطيف .

تسمعه فلم ينكر عليه •

قال اصحابنا لا يجوز بيع ام ولد ولدت في ملكه عندنا وعند الشافعي ومالك وعامة الصحابة والفقهاء رضى الله عنهم ، وقد روى عن علي رضى الله عنه انه قال كان رأيي ورأى عمر ان لا يبعن ثم رأيت ارقاهن ، فقال له عبيدة السلماني^(١) ، رأيك في الجماعة احب الينا من رأيك في الفرقة •

فصل

ما يمنع على المستولد

٦٩٨٢ - ويجوز للمولى عتقها ولا يجوز رهنها ولا التصديق بها ، ويجوز له ان يؤجرها •

٦٩٨٣ - وقال اصحاب الشافعي ، في اجارتها ورهنها وجهان •

فصل

حكم من تلدهم بعد الاستيلاء

٦٩٨٤ - وما ولدت بعد الولد من سيدها فتحكمه حكم ولدها لا يباع ولا يتصرف فيه ، ولا يلحق بالمولى الا بالدعوة •

٦٩٨٥ - وقال زفر يلحق به من غير دعوة ، وهو قول مالك والشافعي •

فصل

استيلاء جارية ابنه

٦٩٨٦ - واذا استولد جارية ابنه صارت ام ولد ويلزمه ضمان القيمة •

فصل

استيلاء أمة الغير

٦٩٨٨ - ولو تزوج أمة الغير فأولدها ، ثم اشتراها فقد صارت ام

(١) لعل المقصود « عبيد بن خالد السلمى ثم البهزى فقد سكن الكوفة وشهد صفين مع علي ويقال له ايضا عبدة وعبيدة (أسد الغابة ، ج ٣ ص ٣٤٨) •

- ولد ولا يجوز بيعها •
٦٩٨٩ - وقال الشافعي له البيع ولا تكون أم ولد إلا في ملكه •

فصل

إعتاق أم الولد من جميع المال

- ٦٩٩٠ - وتعق من جميع المال ولا تسعى في دين إن كان على السيد •

فصل

هل تضمن أم الولد بالغصب

- ٦٩٩١ - ولا تضمن بالغصب عند أبي حنيفة وقالوا تضمن •
وإن كانت بين رجلين فاعتقها أحدهما لم يضمن عند أبي حنيفة ،
ويضمن عندهما ، وفي المدبر يضمن في الغصب والعق •

فصل

تزويج أم الولد

- ٦٩٩٢ - ويجوز إن يزوجه وإن كرهت ، وقال الشافعي لا يجوز له ذلك •

فصل

حكم أم الولد

- ٦٩٩٣ - وأم الولد ليست بمال عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف
ومحمد هي مال ولا ترث سيدها ، وإن مات ولدها قبل سيدها لم ترثه
ولا يجوز عقها في كفارة

فصل

اختلافهما في نسب الولد

- ٦٩٩٤ - وإذا ادعت أمة على مولاهما أنه استولدها هذا الولد الحاضر

وانكر المولى ذلك ، فان اقامت بينة على اقراره بولد منها فهي ام ولد ، والولد منهما جميعا ، وان لم تكن بينة فأبو حنيفة قال لا يعين على أحدهما ، وهذه احدى المسائل الست ، فان نكل عندهما قضى بنكوله وصارت أم ولد ، ولا يكون الولد منهما مالم يصدقها ان كان كبيرا •

فصل

ابن الأمة بين شريكين فأكثر

- ٦٩٩٥ - واذا جاءت الأمة بولد وهي بين شريكين فأدعياه جميعاً فهو ابنهما يرثهما ، ويرثانه ، وهو للباقي منهما ، وهذا قول أبي حنيفة •
ولا يكون ابنا لما زاد على ذلك •
٦٩٩٦ - وقال أبو يوسف يكون ابنا لهما كما قال أبو حنيفة •
٦٩٩٧ - ومنهم من اثبت له من ثلاثة ومنع ما زاد •
٦٩٩٨ - وقد روى عن الحسن انه روى انه يكون ابنهم ولو كانوا مائة •

- ٦٩٩٩ - وقال الشافعي القول للفاقة فيلحقونه بمن اشبه به •
٧٠٠٠ - ومنع اصحابنا ان يكون القائف قوله مقبولا في الدين بلا طريق يرجع اليه •

فصل

ادعاه أحدهما

- ٧٠٠١ - وان ادعاه احدهما هما ثبت النسب منه وضمن لشريكه نصف قيمة الام ونصف العقر لانه أقر بوطء ملك الغير ، ولاحد عليه •

فصل

العبرة بقول مدعيه في القيمة

- ٧٠٠٢ - ويعتبر قوله في القيمة يوم ادعى الولد ، ولا ضمان عليه

في الولد لانه دعوة استيلاء فيما يطل به حق الغير •

فصل

اختلافهما في قيمة الأمة

٧٠٠٣ - وان اختلفا في قيمة الامه ولا بينة فمن اصحابنا من قال القول قول الغارم ، ومنهم من قال القول قول الغارم في كل موضع يقوم •
٧٠٠٤ - وقال أصحاب الشافعي ، هذا مبني على الاقوال في غرم المعتق ومتى يعتق وقول من يقبل ، ولهم في ذلك تفصيل طويل واختلاف كبير ، كما ان لهم في كيفية القرعة في العبيد اذا وقع العتق في المرض ، وهم متفاضلون في القيمة واذا جزؤا ثلاثة اجزاء فأما ان تتفق القيمة او تختلف أو يكون واحد قيمته أكثر من الجماعة أو مثلهم أو مثل اثنين أو ثلاثة أو اربعة منهم ، وكل فروعهم في ذلك مضطرب لانها لا توجد فيما رووا من خبر القرعة ولا يتضمن ذكر قيمة ولا عدد ولا تجزى ، ولهذا لم يستوفريهم على ذلك •

فصل

ثبوت إستيلاء الذمي

٧٠٠٥ - ويشت من الذمي كما يشت من المسلم لانهما في العتق يستويان •

فصل

٧٠٠٦ - واذا اسلمت ام ولد النصراني فقد زال ملكه عنها ولا ضمان عليهما عندنا •

فصل

٧٠٠٧ - ومسائل الاستيلاء كثيرة وفيها فروع صعبة منها أنه لو جاءت

أمة لرجل بثلاثة أولاد في بطون شتى فنظر اليهم ثم قال أحدهم ولدى ولم يبين ذلك فالجارية أم ولد بالاتفاق ولا يثبت نسب واحد من الأولاد باتفاق علمائنا الثلاثة ويعتق من الجميع الثلث من كل واحد عنه عند أبي حنيفة ، وهو كعتاق فوقع عليهم •

٧٠٠٨ - وقال أبو يوسف ومحمد يعتق من الأكبر الثلث ومن الأوسط النصف ومن الأصغر كله •

٧٠٠٩ - وروى عن أبي يوسف أنه يعتق من الأكبر النصف أيضا •

٧٠١٠ - وهو باب كثير الفروع وقل إن يقع فلا معنى لذكر مسأله ، وإنما اعتمدنا في هذا الكتاب الأصول وما يكاد يقع وتدعو الحاجة إليه ، ولما كان الإنسان تارة يحلف بالله وأخرى بالطلاق وثالثة بالعناق وكان لكل يمين حكم ولكل باب جواب وجب أن نذكر من الإيمان ما يعرف به الحكم في الأبواب المذكورة ونقدمه على الولاء كما أخرناه عن هذه الكتب •

كتاب الإيمان وهذا كتاب الإيمان (١)

- ٧٠١١ - اعلم ان اليمين قد يتعلق بها طلاق او عتاق او كفارة أو بائم مخصوص ، أو لا يتعلق بها شيء من ذلك والقاضي يجب ان يعرف اليمين التي تكفر ، بالكفارة فيها (٢) ودواضع الحنث ليحكم في ذلك بما يجب الحكم ويفتي بما يجب الفتوى به .
- ٧٠١٢ - واليمين معمول بها في سائر الشرائع وكل مقر بالصانع يخاف دركها ويرجو ثوابها .

أنواع الإيمان

- ٧٠١٣ - وقد قال محمد بن الحسن في الاصل ان الايمان ثلاث .
- ١ - يمين تكفر
 - ٢ - يمين لا تكفر
 - ٣ - ويمين نرجو ان لا يؤخذ الله بها .

اليمين التي تكفر

- ٧٠١٤ - فاليمين التي تكفر هي اليمين التي يتصور فيها (٣) البر

(١) الايمان جمع يمين ، واليمين يمين الانسسان وغيره نقيض اليسار ، واليمين الحلف والقسم ، اثني والجمع أيمن وأيمان (لسان العرب وفي مختارات النوازل : اليمين في اللغة عبارة عن القوة وفي الشريعة عبارة عن عقد ورد على الخبر في المستقبل) . وفيها « وانما يُسَنُّ الخلف يميناً لانهم كانوا اذا تحالوا تصافحوا بالايمان تأكيداً لما عقدوا » وفيها ان « اليمين ايجاب فعل مباح أو تحريره على نفسه ، مقرونا بذكر الله تعالى بحرف القسم ، والمقصود منه البر واليمين يحمله عليه ويمنعه عن الفعل » .

(٢) في نسخة تونس : ومالكفارة فيه .

(٣) في نسخة تونس : يقع فيها .

- والحنث وهى المنعقدة ، وذلك ما كان على المستقبل دون الماضى .
- ٧٠١٥ - وهذا مما لا اختلاف فيه^(١) بين العلماء ان الكفارة تثبت بالحنث^(٢) .

فصل

اليمين الغموس^(٣)

- ٧٠١٦ - واليمين التى لا تكفر هى اليمين الغموس التى هى غير منعقدة بأن يحلف انه ما فعل كذا وهو فعله ، وقد فعل كذا ، وما فعله ولا كفارة فيها عندنا الا التوبة والاستغفار^(٤) .

-
- (١) فى نسخة تونس : وهذا فصل لا خلاف فيه .
- (٢) فى نسخة تونس : تجب بالحنث فيه .
- (٣) فى لسان العرب : الغموس ارساب الشئ فى الشئ السيال والامر الغموس الشديد واليمين الغموس التى تغمس صاحبها فى الاثم ثم فى النار ، وهى لا استثناء فيها ، وقيل هى اليمين الكاذبة التى تقطع بها الحقوق ، وسميت غموسا لغمسها صاحبها فى الاثم ثم فى النار ، وقال ابن مسعود : اعظم الكبائر اليمين الغموس ، وهو أن يحلف الرجل وهو يعلم انه كاذب ليقطع بها مال أخيه .
- وفى الحديث « اليمين الغموس تذر الديار بلاقع » .
- هى اليمين الكاذبة الفاجرة .
- وفعول للمبالغة .
- والغموس الشديد من الرجال الشجاع . وكذلك المغامس .
- (٤) وسند هذا القول ما رواه ابو حنيفة عن حماد عن ابراهيم انه قال : اليمين يمينان : يمين تكفر ويمين فيها الاستغفار ، فاليمين التى تكفر فالرجل يقول والله لافعلن ، والتى فيها الاستغفار قالذى يقول : والله لقد فعلت . اخرجه الامام محمد بن الحسن فى الاثار فردده عن الامام ابي حنيفة (د) . (جامع مسانيد الامام ٢/٢٦٥) .

٧٠١٧ - وقال الشافعي تجب فيها الكفار كما تجب في اليمين التي
يبحث فيها وهي منقذة .

٧٠١٨ - والاصل عندنا ان الكفارة لا يجوز اثباتها الا من طريق
التوقيف أو الاتفاق .

٧٠١٩ - وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال : (اليمين
الفاجرة تدع البلاد بلاقع)^(١) .

ولانها لا يتوقع فيها الحنث والبر فهي كاللغو .

فصل

اليمين اللغو

٧٠٢٠ - اليمين التي يرجى ان لا يؤاخذ الله بها هي اللغو ، وهي
ان يحلف الانسان على شيء وهو يعتقد انه كما حلف وهي قول الرجل لا
والله وبلى والله ، هكذا روى عن عائشة رضى الله عنها وغيرها من
الصحاب^(٢) انهم قالوا ذلك ، وقد قال الله تعالى (لا يؤاخذكم الله

(١) سبق ذكره في الهامش الانف الذكر . وقد ورد في لسان
العرب بالفاظ أخرى . وفي جامع مسانيد الامام (٢٥٥/٢) ابو حنيفة عن
ناصر بن عبيد الله ويقال بن عجلان عن يحيى بن ابي كثير عن ابي سلمة
عن ابي هريرة (ر) قال : قال رسول الله (ص) : ليس فيما عصى الله
تعالى به أعجل عقابا من البغي ، وليس فيما أطيع الله تعالى فيه شيء أسرع
ثوابا من أهله ، واليمين الفاجرة تدع الديار بلاقع .

(٢) ابو حنيفة عن حماد عن ابراهيم عن عائشة ام المؤمنين (ر)
انها قالت في اللغو : هو كل شيء يصل به الرجل كلامه لا يريد يمينا :
لا والله ، وبلى والله ، وما لا يعتقد عليه قلبه .
اخرجه الامام محمد بن الحسن في الآثار فرواه عن الامام ابي حنيفة .
ثم قال محمد وبه نأخذ .



باللغو في ايمانكم ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الايمان^(١) ثم قال : (فكفارته
اطعام عشرة مساكين) الآية • فقسم ذلك قسمين احدهما تجب به الكفارة
والاخر لا تجب •

فصل

اليمين المجمع عليها

٧٠٢١ - واليمين المجمع عليها ما كانت باسم الله تعالى او بصفة من
صفاته ، وما عدا ذلك فمختلف فيه نحو ، اقسم واشهد واحلف وأنا
يهودى أو برىء من الاسلام •

فقال اصحابنا هي ايمان ، وقال الشافعي وزفر ليست بايمان وكذلك
فى حق الله •

قال أبو حنيفة ما افترضه على عباده تعالى ، وقال غيره من اصحابنا
هى يمين وكذلك عهد الله •

٧٠٢٢ - وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال :
(لا تحلفوا بأبائكم ولا بامهاتكم ، ومن كان حالفا فليحلف بالله تعالى
أو ليدع)^(٢) •

→

ومن اللغو ايضا : الرجل يحلف على الشيء يرى انه ما حلف عليه ،
فيكون على غير ذلك ، فهو ايضا من اللغو ، وهو قول ابي حنيفة (ر) (جامع
مسانيد الامام ٢/٢٦٧ - ٢٦٨) •

(١) البقرة (٢/٢٢٥) •

(٢) في سبيل السلام (١٠١/٤) عن ابن عمر (ر) عن رسول الله
(ص) انه ادرك عمر بن الخطاب في ركب ، وعمر يحلف بأبيه ، فناداهم
رسول الله (ص) : ألا ان الله ينهاكم ان تحلفوا بأبائكم ، فمن كان حالفا
فليحلف بالله او ليصمت ، متفق عليه •

فصل

لا كفارة بالحلف بغير الله

٧٠٢٣ - واجمعوا على ان الحلف بغير الله تعالى لا تجب به كفارة كالحلف بالنبي صلى الله عليه وسلم وبالبيت والقبر وبزمزم وبالصفاء وبسائر بقاع المناسك انها ايمان بغير الله تعالى .

فصل

٧٠٢٤ - وكذلك ان قال : آكل الميتة او اشرب الدم او آكل الخنزير فليس هذه بايمان ولا كفارة فيها .

فصل

٧٠٢٥ - وان قال على كفارة يمين او بنحو كذا او عدى ابي او امي .

فصل

٧٠٢٦ - وقد اختلف في ذلك فقال اصحابنا يجب بنحر ولده نساء ونحر نفسه وايه خلاف .

٧٠٢٧ - وقال الشافعي كل هذا لا يجب به شيء ، وهو قول زفر .

فصل

٧٠٢٨ - وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال : « من حلف على يمين فرأى غيرها خيرا منها فليأت الذي هو خير وليكفر عن يمينه »^(١) .

(١) في سبل السلام (١٠٣/٤) « عبدالرحمن بن سمرة بن

- ٧٠٢٩ - وقال اصحابنا تجب الكفارة بالحنث ، ولا يجب تقديمها على الحنث .
- ٧٠٣٠ - وقال مالك تجب بعقد اليمين ولا يجوز تقديمها عليها .
- ٧٠٣١ - وقال الشافعي تجب بالحنث ويجوز تقديمها على الحنث .
- ٧٠٣٢ - ولو جاز تقديم ذلك لجاز بسائر الانواع والصوم ، وقد وافق على انه لا يجوز بالصوم حتى يحنث فكذلك سائر البدلات الثلاث ، ولانها وضعت لتكفير الحنث وليس ذلك بحاصل ولا موجود .

فصل

- ٧٠٣٣ - واذا اعطف اسمه على اسم او صفة على الاسم بو او العطف فهما يمينان عندنا .
- ٧٠٣٤ - وقال الشافعي ، ان لم يكن له نية فهي يمين واحدة .

فصل

تعليق الطلاق على يمين

- ٧٠٣٥ - ومن حلف يميناً على طلاق او عتاق او بالله تعالى ففعل المحلوف عليه ناسياً او مكرها فقد حنث عندنا .
- ٧٠٣٦ - وقال الشافعي لا يحنث في أحد قوله .

فصل

قوله لا أكلم الناس

- ٧٠٣٧ - ومن قال لا أكلم الناس فكلم واحدا حنث ، وكذلك لا

→

حبیب بن عبد شمس العبشمي ابي سعيد صحابي من مسلمة الفتح . . . قال : قال رسول الله (ص) اذا حلفت على يمين ورأيت غيرها خيرا منها ، فكفر عن يمينك واثت الذي هو خير . متفق عليه .

وَطَأَتِ النِّسَاءُ فَوْطًا وَاحِدَةً حَتَّى بَوَّاحِدَةٍ مِنَ الْجِنْسِ لَانَ الْيَمِينُ إِذَا لَمْ
تَكُنْ مَحْصُورَةً فَالْمُرَادُ بِهَا الْجِنْسُ وَذَلِكَ لَا يُمْكِنُ اسْتِفْرَاقُهُ فَحَتَّى بِالْبَعْضِ •

فصل

لَا أَكَلِمَ هَذَيْنِ

٧٠٣٨ - وَلَوْ قَالَ لَا أَكَلِمَ هَذَيْنِ الرَّجُلَيْنِ فَكَلِمَ أَحَدَهُمَا لَا يَحْتِجُ لَانَ
الْيَمِينِ عَلَى كِلَاهُمَا جَمِيعًا •

فصل

٧٠٣٩ - وَلَوْ قَالَ لَا ادْخُلْ هَذِهِ الدَّارَ وَهُوَ فِيهَا لَمْ يَحْتِجْ حَتَّى
يُخْرَجَ ثُمَّ يَدْخُلَ •

فصل

هَذَا التَّوْبُ

٧٠٤٠ - وَلَوْ قَالَ لَا الْبَسَ هَذَا التَّوْبَ وَهُوَ لَا بَسَهُ ، أَوْ لَا اِرْكَبْ هَذِهِ
الدَّابَّةَ وَهُوَ رَاكِبُهَا فَتَزَعُ مِنْ سَاعَتِهِ التَّوْبُ أَوْ تَزَلْ عَنِ الدَّابَّةِ لَمْ يَحْتِجْ
وَإِنْ لَمْ يَتَزَعْ أَوْ لَمْ يَتَزَلْ لَمْ يَحْتِجْ •

٧٠٤١ - وَقَالَ زُفَرٌ يَحْتِجُ فِي الْفَصْلَيْنِ جَمِيعًا •

فصل

يَمِينُ أَهْلِ الذِّمَّةِ

٧٠٤٢ - وَمَنْ حَلَفَ مِنْ أَهْلِ الذِّمَّةِ بِاللَّهِ ثُمَّ حَتَّى لَا كِفَارَةَ عَلَيْهِ
وَيَمِينُهُ غَيْرُ مَنْعُودَةٍ عِنْدَنَا •

٧٠٤٣ - وَقَالَ الشَّافِعِيُّ يَحْتِجْ •

٧٠٤٤ - لِأَنَّ مَا هُوَ فِيهِ مِنَ الْكُفْرِ أَكْثَرُ مِنْ الْحَتِّ •

فصل

متابعة الصوم

٧٠٤٥ - ومن كفر بالصوم فانه يصوم ذلك متابعا ولا يجزيه اذا
فرق .

٧٠٤٦ - وقال الشافعي يجزيه اذا فرق ، وقد روى في قراءة عبدالله
ابن مسعود رضى الله عنه « فصيام ثلاثة ايام متابعات » .

فصل

التفكير بالكسوة

٧٠٤٧ - وان كفر بالكسوة اجزاء القميص ، وقد روى عنهم جواز
السراويل والقلنسوة ذكره الطحاوى فى مختصره .

فصل

التفكير بالإطعام

٧٠٤٨ - وان كان ذلك بالاطعام اجزاء ان يغذى الفقراء او يعشيهم .
٧٠٤٩ - وقال الشافعي لا يجوز حتى يدفع اليهم قدر الكفارة .

فصل

مقدار ما يكفر به

٧٠٥٠ - وعندنا يعطى لكل فقير نصف صاع من تمر .
٧٠٥١ - وقال الشافعي مد ، وهو رطل وثلاث من القمح بالبغدادى .

فصل

٧٠٥٢ - وان اعطى كل يوم لفقير واحد طعمته اجزاء .
٧٠٥٣ - وقال الشافعي لابد من عشرة اشخاص والمقبر عندنا باخراج

القدر الى الفقراء لا اغناء الفقراء لان الاطعام هو طعمتهم وقد وجد شرط
الدفع وهو الفقر •

فصل

- ٧٠٥٤ - وإن كسا خمسة واطعم خمسة اجزاء ذلك عند ابي
يوسف اذا بلغ قيمة ذلك اجزاء عندنا ، والقيمة لا تجوز في الزكاة •
٧٠٥٥ - وقال الشافعي لا تجزيه القيمة في الموضعين •

فصل

لا أدخل دار فلان

- ٧٠٥٦ - وإن قال ، لا ادخل دار فلان هذه فباعها ثم دخلها في ملك
غيره لم يحث عند ابي حنيفة •
٧٠٥٧ - وقال محمد يحث لانه عينها باليمين •
٧٠٥٨ - وقد اتفق الجميع على انه لو قال لا آكل هذه البسر فصار
ربطاً فأكله انه لا يحث •

فصل

هذا الحمل

- ٧٠٥٩ - ولو قال هذا الحمل فصار كبشاً فأكل منه حث في قولهم
جميعاً •

فصل

دابة فلان

- ٧٠٦٠ - ولو قال ، لا اتركب دابة فلان فركب دابة عبد مأذون له
في التجارة لم يحث ، وقال بعض اصحابنا يحث لان العيد يوالي ويعادي •

فصل

داراً لفلان

٧٠٦١ - ولو حلف لادخل دار فلان فدخل داراً هو فيها باجرة
حنت عندنا ، وقال الشافعي لا يحنت •

٧٠٦٢ - لان الدار تضاف الى الساكن كما تضاف الى المالك •

فصل

الحلف على الخروج

٧٠٦٣ - ولو قال لزوجته ان خرجت من الدار الا باذني ، فهو على
كل موضع •

٧٠٦٤ - وقال الشافعي في أحد قوله يكفي اذن واحد وتجل
اليمين •

٧٠٦٥ - لان الحلف على الخروج عام ، وقد استثنى منه ما كان
موصوفاً بأذنه فبقى ما عداه بحاله •

فصل

إلا أن آذن

٧٠٦٦ - ولو قال ، إلا ان آذن لك فهذا على اذن واحد ، وقد وجد
ذلك ، فأنحلت اليمين •

فصل

إذن وهي لا تسمع

٧٠٦٧ - ولو اذن لها وهي لا تسمع ذلك فقد قال ابو يوسف هذا
آذن ولو كان بالعين •

٧٠٦٨ - وقال محمد لا يكون ذلك اذا حتى تعلم ذلك ، وقد روى كل واحد عن ابي حنيفة مثل قوله .

فصل

لا اقرأ لفلان كتاباً

٧٠٦٩ - ولو قال : لا اقرأ لفلان كتاباً فنظر فيه ولم يقرأه بلسانه فانه لا يحث عند ابي حنيفة .

٧٠٧٠ - وقال محمد يحث ، لان القراءة فعل القارىء لانظره في الكتاب .

فصل

تحليف السلطان

٧٠٧١ - ولو حلف السلطان رجلاً بالطلاق او غيره من الايمان لا يخرج من البلد الا بعلمه ، او حتى رأى رجلاً ذكره اخذه به فعزل السلطان فاليمين تحل بعزله ، ولا يلزمه الحث بعد العزل ، وانما يمينه ادام سلطاناً عند ابي حنيفة وسائر الاصحاب .

٧٠٧٢ - وروى عن ابي يوسف انه يحث مادام باقياً .

فصل

حلف على خروجها الى الحمام

٧٠٧٣ - ولو خرجت امرأته الى الحمام فقال لها ، ارجعي فلم ترجع ، فقال ان خرجت الى الحمام فأنت طالق فرجعت الى الدار ثم خرجت بعد ذلك بيوم او ايام فانه لا يحث واليمين مقصورة على تلك الخرجة الا الا ان ينوي بذلك الدوام فتكون له على ما نوى .

فصل

لا يدخل هذه الدار

٧٠٧٤ - ولو حلف على هذه الدار لا يدخلها فخربت ثم دخلها
يحنث . عندنا •

وقال الشافعي لا يحنث •

لأنها تسمى بعد الخراب دارا ، ولهذا يقال دار بني فلا وديار بكر
وان لم يبق بها أحد من ولده •

٧٠٧٥ - ولو قال ذلك لبيت معروف فخرب ثم دخله لم يحنث لانه
لا يسمى بيتا بعد الخراب •

فصل

٧٠٧٦ - وان بناها دارا اخرى . حنث ، فان بناها حماما او جعلها
بستانا او مقبرة ثم دخلها لم يحنث لان الاسم زال عنها وتجدد لها
اسم آخر •

فصل

إن فعلت كذا

٧٠٧٧ - وان قال ، ان فعلت كذا فله على المشي الى الكعبة او الى
البيت الحرام لزمه لمشي الى ذلك الموضع اما لحجة او لعمرة في قول
أصحابنا جميعا •

فلو قال الى المسجد الحرام او الى الحرم فليس عليه شيء في قول
أبي حنيفة •

وقال أبو يوسف ومحمد هو مثل مكة والبيت يلزمه حجة أو عمرة •

فصل

٧٠٧٨ - ولو قال ، ان حلفت بطلاقك فمدي حر .

وقال للعبد ان حلفت بعقك فامرأتي طالق فقد حلف بالطلاق وعق العبد ، ولم تطلق الزوجة ، بخلاف ما قاله بعض اصحاب الشافعي انه غير حالف لان اليمين عقد بتنظيم الشرط والجواب ، والشرط هو المتقدم في الحكم والجواب هو المتأخر في الحكم فما دخل تحت ان واذا ومن وسائر حروف الشرط ، والجواب هو ما دخل المجازاة بالغاء مضمر أو مظهر ، فالمحلوف به هو ما دخل تحت الجواب لا ما دخل تحت الشرط لانه لا يحتاج ان يكون في ملكه لينفذ الحكم والشرط لا يحتاج ان يكون في ملكه باجماع لانه غير محلوف به ، فاذا عرفت هذه الجملة فالشرط في المسئلة الاولى الحلف بطلاق امرأته وجوابه عتق العبد ، والمحلوف به هو العتق دون الطلاق ، ولما قال لعبد ان حلفت بعقك فامرأتي طالق فقد حلف بطلاق امرأته ، لان الذي دخل في الجواب في اليمين الثالثة قوله ، فامرأتي طالق ، فالطلاق هو المحلوف به ، وشرط اليمين الاولى ، هو الحلف بطلاقها وجوابها عتق العبد فوجب ان يعتق العبد لوجود شرط انحن في الاولى بانعقاد الثانية .

فصل

ان حلفت بطلاقك الخ . . .

٧٠٧٩ - وكذلك لو قال ان حلفت بطلاقك فأنت طالق حتى قال هذا القول ثلاث مرات فان كانت مدخولا بها طلقت إثنين فانهقدت الثالثة لان شرط اليمين الاولى الحلف بطلاقها وجوابها وقوع الطلاق عليها وكذلك شرط الثانية والثالثة يعقد شرط الاولى بانعقاد الثانية فيقع تطبيقه بانحلال اليمين الاولى وانعقاد الثانية .

فصل

٧٠٨٠ - فان لم تكن بها فان الثانية تنعقد ويحتمل في الاولى بانعقاد الثانية فيقع عليها تطبيقه بالحنث في الاولى وبانت منه فلا تنعقد الثانية اذا حلف بالطلاق لان شرط كون المحلوف بطلاقها في ملكه ، فاذا لم تنعقد الثانية بقيت اليمين الثانية معقودة كما كانت فلا يجب فيها .

فصل

أنت حر إن حلفت إلخ . .

٧٠٨١ - ولو قال انت حر ان حلفت بطلاق امرأتي ثم قال لامرأته أنت طالق ان شئت لم يعتق عبده ، لان الطلاق المعلق بمشيئها يكون تمليكا ولا يكون يمينا لانه مقصور على المجلس ، ولا يختص ما شرط بالمجلس دون غيره الا ان يعلقه بالمجلس من جهة اللفظ .

واما اذا قال لها بعد اليمين بعث العبد انت طالق ان قمت او قعدت او أكلت او دخلت الدار فهذه كلها ايمان الطلاق .
وان كانت معلقة بفعلها لانها ليست مقصورة على المجلس ، فاذا كان كذلك عتق العبد لوجود شرط الحنث في اليمين الاولى وهو انعقاد اليمين بطلاق امرأته .

فصل

حلف لا يساكن إلخ . .

٧٠٨٢ - ولو حلف لا يساكن فلانا في دار فسكن في مقصورة من الدار والآخر في أخرى لم يحتمل حتى يجتمعا في دار واحدة او مقصورة واحدة .

وان وقع الاسم على الجميع فانه ينصرف بالمعرف الى ما ذكرناه إلا

ان ينوى ما قلناه فيحنت وقد يكون الاسم عاما يعم مسميات كثيرة ويستعمل في بعضها بالعرف كاللحم والرؤس فانه لا يعم كل رأس ولا كل لحم لانه يخرج منه لحم السمك عندنا • وعند الثوري ، وفي رواية عن ابي يوسف انه يحنت في السمك الطري •

وقد يكون الاسم عاما ويستعمل في جميع ما يتناوله كالناس والنساء والطعام والركوب وهو على العموم الا ان ينوى الخصوص فيضار اليه •

فصل

٧٠٨٣ - ولو قال ، لا أساكن فلانا في دار أو بيت أو مدينة فجاء زائر له لم يحنت لان الزائر ليس ساكن في العرف عند العلماء والعامه •

فصل

حلف لا يسكن هذه الدار

٧٠٨٤ - ولو حلف لا يسكن هذه الدار فتحول من ساعته لم يحنت عند أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد •

٧٠٨٥ - وقال زفر يحنت •

٧٠٨٦ - لان اليمين تنعقد على ما يمكن الاحتراز عنه فلا يدخل تحت اليمين •

فصل

لا أساكنك

٧٠٨٧ - ولو ، قال لا أساكنك في هذه الدار وعينها فاقسمها وافرز كل واحد منهما حصته منها وجعل لها بابا او طريقا ثم دخلها بعد ذلك حنت •

لان كل جزء منها قد تناولته اليمين لكونه معينا فحنت بدخول كل جزء منها •

فصل

لا يسكن داراً لفلان

٧٠٨٨ - ولو حلف لا يسكن داراً لفلان وقد كان باع داراً له فسكنها لم يحنث عندهم جميعاً •

ولو اشترى فلان بعد اليمين داراً فدخلها حنث عند أبي حنيفة ومحمد •

وقال أبو يوسف لا يحنث ، لان اليمين تقع على ملك في الحال ، كما لو قال ملك فلان ، وأبو حنيفة يعتبر الاضافة وقت الدخول ، وهي مضافة الى المحلوف عليه •

فصل

لا آكل طعاماً لفلان

٧٠٨٩ - واجمع الجميع على أنه لو قال لا آكل طعاماً لفلان انه اذا آكل طعاماً اشتراه فلان بعد اليمين حنث ، وفرق بينهما بأن الطعام يشتري كل وقت ولكن الدار لا تشتري كل وقت ، وهو فرق صورة •

فصل

٧٠٩٠ - والدخول على الانفصال من خارج الى داخل يقع في العرف ، وهو عكس الخروج •

فصل

٧٠٩١ - ولو حلف لا يكلم صاحب هذه الدار او امرأة فلان فكلهما بعد الطلاق والآخر بعد بيع الدار حنث عندهم جميعاً لان اليمين على المرأة والرجل جميعاً وهما بعد ذلك كما كانا قبل المعنى الحادث •

فصل

لا يجلس على الأرض

٧٠٠٢ - ولو جاع لا يجلس على الأرض فجعل فوقها حصيراً لم
جلس لم يحنث •

٧٠٩٣ - وقالوا لو قال لا يجلس فوق السطح فجلس على حصير
عليه يحنث ، لانه هو السطح •

فصل

لا أجلس فوق سرير

٧٠٩٤ - ولو قال لا أجلس فوق سرير فجعل عليه آخر أو فوق
فراش فجعل عليه آخر ففيه خلاف بينهم •

فصل

الأيام والشهور والجمع

٧٠٩٥ - والأيام والشهور والجمع عند أبي حنيفة عشرة ، اذ قال
لا أكلمة الايام او الجمع أو الشهور ، وقال أبو يوسف ومحمد الايام
الاسبوع والشهور السنة والسنين الابد •

فصل

أياماً

٧٠٩٦ - ولو قال أياماً فهي عشرة عند أبي حنيفة وزوى عنه ثلاثة
أيام •

فصل

أدنى الصلاة والصوم

٧٠٩٧ - والصلاة لا يحنث حتى يصلي ركعة وسجدةتين والصوم

بالدخول فيه ، وسوى الشافعي بين الجميع في الحنث •

فصل

قراءة القرآن

٧٠٩٨ - وقال أبو حنيفة لو حلف [لا يتكلم] فقرأ القرآن فان كان

في المصلاة لا يحنث ، وان كان خارج المصلاة حنث •

٧٠٩٩ - وقال الشافعي يحنث في الموضعين •

لانه غير متكلم •

فصل

الكلام والإشارة

٧١٠٠ - ولو حلف لا يكلم رجلا فأشار اليه بيده لم يحنث ، ومن

أصحاب الشافعي من قال يحنث لان ذلك ليس بحقيقة الكلام •

فصل

إذاعة السر

٧١٠١ - ولو قال لا أذيع لك سرا فكتب به وأشار بيده على غيره

حنث لان ذلك اذاعة للسر •

فصل

٧١٠٢ - ولو قال على أول خبر والعلم يقع بالثاني فكذلك (الخبر)

وقبل الخبر مثل ذلك ، ومبنى الايمان على العرف دون ما يقتضيه اطلاق

الاسم •

فصل

تكرار الإيمان على فعل واحد

٧١٠٣ - وتكرار الايمان على فعل واحد يقتضي تكرارها الا ان ينوي

تأكيد الاول ، لان اللفظ الثاني لو انفرد وجب به الكفارة ولزمت اليمين
فكذلك حال الاجتماع •

فصل

اليمين على فعل المحظور

٧١٠٤ - واليمين على فعل المحظور والمباح سواء في وجوب الحنث
ووجوب الكفار بالحنث •

وكتاب الايمان كتاب كبير وفروعه كثيرة ومحمد ذكر في الجامع
يضا وسبعين بابا في الايمان وهو كثير الخلاف والوفاق ، وذكر جميعه
لا يمكن وقد ذكرت من ذلك معرفة بعض ما يحتاج اليه ، ولما كان الولا
نتيجة للعق والعق يجب بالحنث ويحصل الايقاع في الرق وجب ذكر
الموضع (الذي) ثبت فيه والموضع الذي لا ثبت •

كتاب الولاء

وهذا كتاب الولاء^(١)

٧١٠٥ - اعلم ان الولاء يثبت للمولى المعتق على عبده بدلا من نعمته عليه بالعق فيصير به عسبة له ، فقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال : (الولاء لُحمة كلمة النسب ، لا يباع ولا يوهب)^(٢) .

وقال النبي صلى الله عليه وسلم (الولاء لمن وزن الثمن)^(٣) والذي وزن الثمن هو الأمر والمعتق عنه كالوكيل في الايقاع .

(١) جاء في الاقناع للشربيني (٣٢٧/٢) الولاء بفتح الواو والمد لغة القرابة ، مأخوذ من الموالة وهي المعاونة والمقاربة .

وشرعا : عسوبة سببها زوال الملك عن الرقيق بالحرية ، وهي متراخية عن عسوبة النسب فيرث بها المعتق ويولي أمر النكاح والصلاة ويعقل .

والاصل فيه قبل الاجماع قوله تعالى « ادعوهم لآبائهم » الى قوله تعالى « ومواليكم » .

وقوله (ص) انما الولاء لمن اعتق .

وقوله الولاء لُحمة كلمة النسب .

(٢) في الامام لابن دقيق العيد (ص ٣٨٣) عن ابن عمر قال : قال رسول الله (ص) : الولاء لُحمة كلمة النسب ، لا يباع ولا يوهب ولا يورث . رواه أبو يعلى الموصلي ، ثم ابن حبان في صحيحه . (وانظر جامع مسانيد الامام ، ج ٢ ص ١٧٣ - ١٧٤) .

(٣) ورد هذا الحديث في كتب السنة بصيغة « الولاء لمن اعتق » (نيل الاوطار ، ج ٥ ص ٢٠٤) وفي صيغة أخرى « الولاء لمن اعتق وان اشترطوا مائة شرط » (نيل الاوطار ، ج ٥ ص ٢٠٤) وقد روى فيه هذا الحديث عن طريق عائشة وعن أبي هريرة وعن أبي عمر ، وانظر موطأ مالك في بيع الولاء ٧٩٧ ص ٢٨١ - ٢٨٢ .

فصل

ثبوت الولاء للعصب

٧١٠٦ - وهو ثبت للعصب ولا يرث أحد مع العصب عند أبي حنيفة
ومحمد •

وهو قول عامة الفقهاء ويثبت ذلك في امرأة اشترت عبدا يكون للاب
السدس وللأبن خمسة أسهم من ستة كما في قصة الميراث •

فصل

٧١٠٧ - وقال أبو حنيفة في امرأة أسلمت على يدي رجل ووالته
أنه يضير مولى لها ويدخل تحت ولائه من ولدت بعد ذلك ومن لم تلده
قبل ذلك لأنه حق يسرى كالنسب •

٧١٠٨ - وقال أبو يوسف ومحمد لا يدخل •

٧١٠٩ - وفي الاستحسان يكون للاب لأن الولاء كالنسب •

٧١١٠ - ولا ثبت النسب في حق الغير بقول واحد من الورثة •

والاستحسان أنا قلنا قوله في العتق وهو المستحق للولاء فيقبل قوله
في ذلك •

فصل

٧١١١ - ولو كان معه وارث غيره أغنى ابن آخر فكذبه وجب على
العبد السعاية للذي كذبه ويكون الولاء نصفه للذي استسعاء ونصفه للاب
عند أبي حنيفة •

وقال أبو يوسف ومحمد يكون النصف موقوفا •

فصل

إعتاق الحربي عبداً

٧١١٢ - والحربي اذا اعتق عبداً في دار الحرب حرياً لا ينقذ عتقه الا أن يخلى سبيله فيعتق ويكون الولاء له ، وله ان يوالي من شاء عند ابي يوسف ومحمد ، ولا ينقذ العتق عند ابي حنيفة لان ملكه غير تام على ما في يده ، لانه يجوز أخذه من غير قضاء ولا رضا فهو على سبيل الاباحه •

فصل

٧١١٣ - وقال أبو يوسف ليس له ان يوالي من شاء ، وولاؤه له •

فصل

إعتاق مسلم عبداً في دار الحرب

٧١١٤ - ولو ان مسلماً دخل دار الحرب واشترى عبداً من أهل الحرب فأعتقه عتق في القول بالاستحسان ، والولاء له في قول أبي حنيفة وهو قول محمد في هذه الرواية •

٧١١٥ - وفي قول أبي يوسف وولاؤه له وهو قول محمد في السير الكبير وفرق محمد بين المسلم والحربي •

فصل

عبد مسلم أعتق في دار الحرب

٧١١٦ - ولو كان العبد مسلماً واعتقه مسلم او حربي في دار الحرب أو في دار الاسلام فولأؤه له بالاتفاق •

فصل

باع مولاة من حربي

٦١١٧ - واذا تسلط رجل من أهل الحرب على مولاة فباعه من حربي

أو مسلم صار العبد حراً عند أبي حنيفة لأن ملك مولاه زال عنه وصار المالك مملوكاً .

٧١١٨ - وقال أبو يوسف ومحمد لا يعتق إلا أن يخرج إلى دار الإسلام أو يظهر عليه المسلمون .

فصل

عدم تحول الولاء

٧١١٩ - وقال أصحابنا في أمة اشتراها رجل من بني أسد ، فأعتقها ثم اعتقت عبداً ملكته ، ثم أنها ارتدت والعباد بالله تعالى ولحققت بدار الحرب فسييت ثم اشتراها رجل من بني همدان فجنى العبد جناية فإن عقله على ابن أسد في قول أبي يوسف الأول والولاء لا يتحول بعد ثبوته كما لا يتحول النسب ، وفي قوله الآخر وهو قول محمد عقله على بني همدان ، لأنه الولاء لهم في هذه الحال وهو تابع لولاء الأمة يدور حيث دار ، وميزانه للمرأة .

فصل

إقرارها بمولى الصغير

٧١٢٠ - ولو أن امرأة في يدها ولد صغير لا يعرف أبوه ، وأقرت لرجل أنه مولاه [فولأؤه] له والاعتاق اعتاقه ، قال زفر إقرارها جائز عليها وعلى ولدها .

٧١٢١ - وقال أبو يوسف ومحمد يجوز على نفسها ولا يجوز على ولدها ، وهذا يشني على جواز موالاتها ، وهي المسئلة التي مضت .

فصل

أقر لرجل بأنه مولاه

٧١٢٢ - فإذا أقر رجل لرجل بأنه مولاه الذي اعتقه والمقر له ينكر

ذلك ، ويكذبه وأراد ان يقر بولائه لآخر لا يجوز عند ابي حنيفة •
 ٧١٢٣ - وقال ابو يوسف ومحمد يجوز ، وهذا مثل قول المولى هذا
 العبد عبدى فلان وكذبه العبد وأراد ان يدعيه لنفسه لا يجوز عند ابي
 حنيفة •

وقال ابو يوسف ومحمد يجوز لانه لم يثبت بعد من العبد •

فصل

أقر بأنه مولى لامرأة

٧١٢٤ - وإذا أقر الرجل بأنه مولى لامرأة اعتقته فكذبته المرأة وقالت
 لم اعتقك ولكن اسلمت على يدي والذى فهو مولى لها وليس لها ان تحول
 ولاءه عند ابي حنيفة الى غيرها •

ولها ذلك عند ابي يوسف ومحمد والاصل واحد على ما مضى •

فصل

لا ولاء للنساء إلا بالعتق والموالة

٧١١٨ - ولا يثبت الولاء للنساء الا ان يعتقن او يوالين ، لانه يجرى
 مجرى التعصيب فلا يثبت للنساء •

فصل

ترتيب الولاء

٧١١٩ - والاخ للاب والام اولى بالولاء ويقدم على الاخ للاب ، وعن
 الشافعي فى بعض الاقوال انهما سواء لتساويهما فى الانتساب الى الاب •
 وكذلك قال فى النكاح فى أحد قوليه والصلاة على الجنازة •

فصل

جر الولاء

٧١٢٠ - رجل زوج عبده مولاة لقوم فأولدها أولادا فهم أحرار وولأؤهم لمولى الام وان اعتق المولى الاب فانه يجر الولاء اليه لان الاب هو العصبة وأولى بالميراث .

فصل

٧١٢١ - ولو كان مكان الاب جد فاعتقه المولى لم يجر الولاء سواء كان الاب حيا او ميتا .
والجد لا يجر الولاء ولا يصير الولد مسلما باسلامه ، ولا يحجب الام الى السدس ، ولا ينفرد بنفقة الصغير ، وبهذه الاحكام خالف الجد الاب .

٧١٢٢ - وفي الولاء مسائل كثيرة وفروع موقوفة مع المسائل ، ولا يمكن ذكر الجميع .

واذا قد ذكرنا أحكام الاقوال في المعاملات والمناكحات وسائر ما طريقة القول ، وجميع ما تقدم في هذه الكتب اما ان يكون الرجل يجوز له ان يتولى ذلك بنفسه أو بغيره ومنها ما يتولاه بنفسه ولا يتولاه بغيره ومنها ما يتولاه بغيره ولا يتولاه بنفسه ومنها ما لا يجوز له ان يتولاه بنفسه ولا بغيره فالعقود الجائزة في الشرع يجوز له أن يتولاه بنفسه ويتولاه بغيره وما يتولاه بنفسه ولا تجوز النيابة فيه فهو الوطاء في النكاح ومليك اليمين والعبد والاحتشاش واخذ الماء من المواضع المباحة ، وما يتولاه الغير له ولا يجوز له ان يتولاه فهو كالحكم ولشهادة يجوز له ان يفعله الغير له ولا يجوز ان يفعله لنفسه ، ومالا يجوز ان يتولاه لنفسه ولا يجوز للغير ان يفعله فهو سائر العقود الباطلة المحرمة لا يجوز ان يفعلها ولا تفصل لاجله .

وإذا قد ذكرنا الأقوال وأحكامها وجب أن نذكر الأفعال^(١) ونبتدى
من ذلك بالجنايات •

(١) بالرغم مما يشوب هذا التسلسل من تكلف فإن هذا التقسيم
لاحكام الفقه تقسيم دقيق يدور حول رد مصادر الالتزام الى واقعيتين ينشأ
عن كل منهما بعض مصادر الالتزام أو الحق وهاتان الواقعتان هما : القول
والفعل • ويمتاز هذا التقسيم الذي يذهب إليه الفقه الوضعي الحديث
كما أشار السنهوري في مبسوطه بكونه يرد تقسيم مصادر الالتزام الى أبسط
الوقائع • ويمتاز السمناني بكونه عمم التقسيم فجعله شاملا لمصادر
الالتزام والحق بينما وقف الفقه الوضعي الحديث في هذا التقسيم عند
حدود الالتزام •

كتاب الجنایات

وهذا كتاب الجنایات (١)

٧١٢٣ - ترجم بعض الفقهاء هذا الكتاب بكتاب القصاص (٢) والديات (٣) ، وبعض بالجنایات ، وقد يتفق جنایة لا قصاص فيها ولا دية

(١) الجنایات جمع حناية وفي لسان العرب : « جنى الذنب عليه جنایة جره ، ورجل جان من قوم جناة ، وجنأ ، الاخرة عن سيئويه . . وفي الحديث « لا يجنى جان الا على نفسه » الجنایة الذنب والجرم ، وما يفعله الانسان مما يوجب عليه العقاب او القصاص في الدنيا والاخرة ، والمعنى انه لا يطالب لجنایة غيره من أقاربه واباعده ، فاذا جنى احدهم جنایة لا يطالب بها الاخر ، لقوله عز وجل « ولا تزر وازرة وزر أخرى » .

وتجنى فلان على فلان ذنبا اذا تقوله عليه وهو برىء ، وتجنى عليه وجانى اذا ادعى عليه جنایة .

(٢) جاء في لسان العرب فى مادة (قصص) :

القصاص والقصاصاء (بالكسر والضم) القود ، وهو القتل بالقتل أو الجرح بالجرح .

والتقاص : التناصف في القصاص ، وتقاص القوم اذا قاص كل واحد منهم صاحبه في حسابه او غيره والاقتصاص : أخذ القصاص .

والاقتصاص : ان يؤخذ لك القصاص ، وقد أقصه وأقص الأمير فلانا من فلان اذا اقتص له منه فجرحه مثل جرحه او قتله قودا .

واستقصه : سأل ان يقصه منه .

(٣) جاء في لسان العرب فى مادة (ودى) :

الدية حق القتل ، وقد وديته وديا .

الجوهري : الدية واحدة الديات ، والهاء عوض من الواو ، تقول : وديت القتل اديه دية اذا أعطيت ديته .

←

ولا تخرج ان تكون جناية فتسميته بالجناية أعم وبالقصاص والديات أخص،
ولكل واحد من القولين وجه في التسمية •

فصل

القتل محظور

٧١٢٤ - والقتل محظور في الجملة على كل قاتل الا ان يوجد اذن
الشرع له في ذلك •

٧١٢٥ - وهو من الكبائر^(١) المتوعد عليها المجمع على ذلك وهو مغلظ
على الكبائر •

٧١٢٦ - وفيه آيات محكمات وسنن ثابتات وأدلة قاطعة وبراهين بينة،
وخلاف كثير وأصول مختلفة • وقد قال تعالى : « ومن يقتل مؤمنا متعمدا
فجزاؤه جهنم خالدا فيها ، وغضب الله عليه ولعنه وأعد له عذابا
تعظيما »^(٢) •



واتدريت اى اخذت ديته •

واذا امرت منه قلت : د فلانا ، وللائنين : ديا ، وللجماعة : دو فلانا ،
وفي حديث القسامة : فوداه من ابل الصدقة ، اى اعطى ديته ، ومنه
الحديث : ان احبوا قادوا وان احبوا وادو ، اى ان شأوا اقتصوا وأن شأوا
أخذوا الدية ، وهي مفاعلة من الدية •

يقال : ودى فلانا اذا ادى ديته الى وليه واصل الدية ودية
فحذفت الواو •

(١) الكبائر جمع كبيرة • وفى التنزيل العزيز : الذين يجتنبون
كبائر الاثم والفواحش ، وفي الاحاديث ذكر الكبائر فى غير موضع • والكبيرة
هي الفعللة القبيحة من الذنوب المنهى عنها شرعا ، العظيم أمرها كالقتل
والزنا والفرار من الزحف وغير ذلك • (لسان لعرب) •
(٢) النساء (٤/٩٣) •

فذكر الله تعالى في هذه الآية حكم الآخرة ، وما أعدّه من الجزاء لفاعل القتل ، وقد ذكر الخلود في النار ، وضم إلى الخلود الخبر عن غضبه واللعنة لفاعله وعظيم عذابه ، وما يستعظمه الله تعالى فلا أعظم منه ولا أكبر .
 وذكر في آية أخرى أحكام الدنيا وما يجب به القصاص فقال تعالى :
 (يا ايها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص في القتلى الحر بالحر والعبد بالعبد والاشئ بالاشئ) (١) .

ثم ذكر العفو عن بعضنا لبعض ، وبين في آية أخرى ان للولي القصاص وقتل القاتل فقال تعالى : « ومن قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا فلا يسرف في القتل أنه كان منصورا » (٢) .

فصل

معنى الإسراف في القتل

٧١٢٧ - وقد اختلف في معنى الاسراف فقال بعض العلماء هو المثلة (٣)
 بالقاتل وقال آخرون هو ان يقتل غير القاتل ، وكلا القولين عندنا مراد بالآية فانه لا يجوز الاسراف في المثلة ولا بقتل غير القاتل .

(١) البقرة (٢/١٧٨) .

(٢) الاسراء (١٧/٣٣) .

(٣) المثلة : تشويه القاتل من الانسان والحيوان وتقطيع اعضائه وقد جاء في لسان العرب « في الحديث نهى رسول الله (ص) أن يمثل بالدواب وأن تؤكل الممثل بها ، وهو ان تنصب فترمي أو تقطع اطرافها وهي حية . وفي الحديث : انه نهى عن المثلة .

يقال مثلت بالحيوان امثل به مثلا اذا قطعت اطرافه وشوهت به ، ومثلت بالقتيل اذا جدعت انفه وأذنه ومذاكيره أو شيئا من أطرافه ، والاسم المثلة . فاما مثل بالتشديد فهو للمبالغة ، ومثل بالقتيل جدعه (لغة العرب) .

٧١٢٨ - وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال « واذا قتلتم فاحسنوا القتلة » (١) .

فصل

مقى يجب القصاص

٧١٢٩ - ونهى عن المثلة (٢) .

٧١٣٠ - وقد قال اصحابنا انه اذا قتل بغير السيف والحديد بمثل (٣)

(١) في نيل الاوطار (ج٨/١٦٠) « عن شداد بن اوس عن رسول الله (ص) قال : ان الله كتب الاحسان على كل شيء ، فاذا قتلتم فاحسنوا القتلة ، واذا ذبحتم فاحسنوا الذبح ، وليحد احدكم شفرته وليرج ذبيحته . رواه احمد ومسلم والنسائي وابن ماجة » .

(٢) في سنن النسائي (١٠١/٧) عن أنس قال : كان رسول الله (ص) يبحث في خطبته على الصدقة وينهى عن المثلة . وانظر ايضا نيل الاوطار ج٧ ص ٢٣ ، وفيه عن عمران بن حصين قال : « ما خطبنا رسول الله (ص) خطبة الا امرنا بالصدقة ونهانا عن المثلة » .

(٣) جاء في سبل السلام (٢٣٦/٣) « عن أنس بن مالك (رض) ان جارية وجد رأسها قد رُضَّ بين حجرين فسألوها من صنع بك هذا ؟ فلان ، فلان ، حتى ذكروا يهوديا فاومأت برأسها فاخذ اليهودي فأقر ، فأمر رسول الله (ص) ان يُرَضَّ رأسه بين حجرين . متفق عليه واللفظ لمسلم (صحيح مسلم ١١/١٥٨) . الحديث دليل على انه : يجب القصاص بالمثل كالحدود وانه يقتل الرجل بالمرأة وانه يقتل بما قتل ، فهذه ثلاث مسائل : الاولى وجوب القصاص بالمثل واليه ذهب الهادوية والشافعية ومالك ومحمد بن الحسن ، عملا بهذا الحديث ، والمعنى المناسب ظاهر قوي ، وهو صيانة الدماء من الاهدار ، ولأن القتل بالمثل كالقتل بالحدود في ازهاق الروح ، وذهب ابو حنيفة والشعبي والنخعي الى انه لا قصاص في القتل بالمثل ، واحتجوا بما اخرج به البيهقي من حديث النعمان بن بشير مرفوعاً « كل شيء خطأ الا السيف ، ولكل خطأ أرش » وفي لفظ « كل شيء سوى الحديد خطأ ولكل خطأ أرش » واجيب بأن الحديث مداره

←

كالخجر العظيم والخشبة العظيمة انه لا قصاص عليه عند ابي حنيفة •

٧١٣١ - وقال ابو يوسف ومحمد يجب القصاص بكل آلة الغالب عليها ان القتل يحصل بها •

٧١٣٢ - وهو قول الشافعي •

٧١٣٣ - واتفق اصحابنا على انه لا يستوفي القصاص بذلك اذا وقع به القتل •

٧١٣٤ - وقال الشافعي يقتل القاتل بمثل ما قتل به من الآلات ، الا اللواط فانه يعمل له خشبة وتولج فيه حتى يموت •

٧١٣٥ - وان قتله بخمر فانه لا يسقى الخمر ولكن يسقى بالماء حتى يموت •

٧١٣٦ - وكذلك قال بعض اصحابنا انه لا يقتل بالنار •

٧١٣٧ - وجملة القول ان الذي يعتمد عليه ان الله تعالى قال فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به •

وان النبي صلى الله عليه وسلم رضح^(١) رأس يهودي بين حجرين

→ على جابر الجعفي وقيس بن الربيع ولا يحتج بهما فلا يقاوم حديث أنس هذا ، وجواب الحنفية عن حديث أنس بانه حصل في الرض الجرح أو بان اليهودي كان عادته قتل الصبيان فهو من الساعين في الارض فساداً تكلف أو هـ (وانظر نيل الاوطار ج ٧ ص ١٨ - ١٩) واقضية رسول الله للقرطبي ص ٨ •

(١) جاء في اقضية رسول الله للقرطبي ، ص ٨ ، بعد حديث من قتل احداً بحجر : « وفي هذا الحديث من الفقه ان يقتل القاتل بمثل ما قتل من حجر أو عصاً أو خنق أو شنبه ، وهو قول مالك ، بخلاف قول اهل العراق الذين يقولون لا قود الا بحديده • وجاء في نيل الاوطار (ج ٧/٢٣) تفصيل

←

لانه كان رضح رأس جارية من الانصار وهو خبر رواه ابو هريرة رضى الله عنه ، وهو صريح في الآلة لو فعل به مثل ما فعل فلم يمت انه يقتل بعد ذلك ، وليس هذا مثله اذا ضربه بعدد تلك الضربات فلم يمت انه يقتل بعد ذلك ، وقال اصحابنا في اخذنا دلالة على انه كان قبل النهي عن المثلة .

٧١٣٨ - وقد روى عنه عليه السلام انه قال :

لا قتل الا بالسيف وروى بحديدة وهو نص في الاستيفاء والوجوب ، وتركوا قولهم في الخمر واللواط .

فصل

٧١٣٩ - وهذا عند ابي حنيفة شبه العمد ، قبل الخطأ شبه العمد .

٧١٤٠ - قتل السوط والعصا فيه مائة من الابل فيها اربعون خلفه

(في بطونها اولادها)^(١) .

فصل

أنواع القتل

٧١٤١ - وقال اصحابنا ، القتل على ثلاثة اضرب :

→

اختلاف الفقهاء في صدد القتل بمثل ما قتل القاتل وان هذا هو قول الجمهور خلافا لما ذهب اليه العترة والكوفيون ومنهم ابو حنيفة واصحابه استنادا الى حديث « لا قود الا بالسيف » .

(١) كذا وصواب هذه العبارة يتضح بالرجوع الى حديث « الا ان دية الخطأ شبه العمد ما كان بالسوط والعصا مائة من الابل منها اربعون خلفه في بطونها اولادها (الامام ج١ ص ٤٥٣) .

١ - عمد^(١) ٢ - وشبه عمد^(٢) ٣ - وخطأ^(٣) .

٧١٤٢ - وقال مالك بن انس ، لا اعرف شبه العمد والقتل على ضربين عمد وخطأ ، فاما شبه العمد فلا اعرفه ، وقد بينا ان فيه سنة ثابتة نادى بها النبي صلى الله عليه وسلم عام الفتح^(٤) واشتهر امرها فلم يعرف متى قال ما قال .

(١) عرف الطحاوي في مختصره (ص ٢٣٢) القتل العمد بأنه « ما تعمده بالسلاح أو بما سواه مما يجرح فقتله به » .

(٢) عرف الطحاوي القتل شبه العمد (ص ٢٣٣) بأنه ما اريد وتعمد فاصيب به النفس بما لا قصاص فيه مما مثله يقتل ومما مثله لا يقتل ، وقد انتقد ابن حزم مذهب الحنفية والشافعية في شبه العمد (عمد الخطأ) (المحلى ٣٤٣/١٠) وذهب الى ان شبه العمد عمد فيه القود أو الدية كما في سائر العمد لانه عدوان . (ايضا) .

(٣) وعرف الطحاوي القتل الخطأ (ص ٢٣٢) بأنه ما أصابه فقتله مما لم يرده ، وإنما اراد غيره .

وفي القتل العمد القود وهو القصاص بالسيف لا بما سواه ، الا ان يصطلح على ذلك الجاني وولى المجنى عليه فيجوز عليهما من ذلك ما اصطلاحا عليه ويبطل به القود ، ويكون ما اصطلاحا عليه على الجاني في ماله ، ولا كفارة في ذلك على الجاني .

وفي شبه العمد في قولهم جميعا الكفارة والدية تغلظ فيها في الابل خاصة دون ما سواها من اصناف الدية .

وفي القتل الخطأ الدية على العاقلة في ثلاث سنين في كل سنة فيها ثلثها . (مختصر الطحاوي ، ص ٢٣٢ - ٢٣٤) وانظر في هذا التقسيم الثلاثي المبسوط للسرخسي ٥٩/٢٦ .

(٤) الظاهر ان حجة القائلين بشبه العمد حديث « ... الا ان دية الخطأ شبه العمد ما كان بالسوط والعصا مائة من الابل اربعون خلفه في بطونها اولادها » (سنن ابي داود ٥٠١/٢) والالام لابن دقيق العيد ، ص ٤٥٣ ، وقد انكر المالكية هذا الحديث فجاء في احكام القرآن لابن العربي (ص ٤٧٩) هذا حديث لم يصح . وانظر ايضا الدية واحكامها للسيد خالد رشيد الجميلي (ص ٨٤) .

٧١٤٣ - ومثل قولنا قال الشافعي في ذلك •

فصل

الجراح ضربان

٧١٤٤ - واتفق جميع العلماء على ان الجراح كلها على ضربين عمد وخطأ ، وليس فيها شبه عمد ، وهو (قول) مالك لولا السنة المروية في ذلك •

فصل

هل لقاتل العمد توبة ؟

٧١٤٥ - وقد اختلف الصحابة (رض) في ذلك هل لقاتل العمد توبة •

٧١٤٦ - فقال ابو هريرة وابن عمر وابن عباس رضي الله عنهم لا توبة له ، وقال في الحجة^(١) هل يستطيع ان يتبغى نفقاً في الارض أو سلماً في السماء^(٢) ؟ فقال السائل لا ، فقال فلا توبة للقاتل •

٧١٤٧ - وقال عمر بن الخطاب (رض) توبته مقبولة ، وتلا قوله تعالى (غافر الذنب وقابل التوبة)^(٣) •

(١) لعله اراد بذلك الاشارة الى كتاب الحجة على اهل المدينة ؟

(٢) اشارة الى قوله تعالى « فان استطعت ان تبغى نفعا في الارض أو سلماً في السماء (الانعام ٦/٣٥) » •

(٣) اي ان القصاص وحده في نظر الحنفية عقوبة اصلها في القتل العمد ولا تجب الدية بديلاً عنه الا برضا القاتل (انظر الدية واحكامها للسيد خالد رشيد الجميلي ص ٩٤) •

فصل

تبعة الآخرة

٧١٤٨ - واختلف العلماء فيما اذا استوفى منه القصاص في الدنيا هل يبقى عليه تبعة في الآخرة ام لا ؟ فمنهم من قال ، ليس عليه شيء لانه قد استوفى منه مثل ما فعل فلا يبقى عليه تبعة .

٧١٤٩ - وقال آخرون يبقى عليه حق الله تعالى ، واقدامه على مخالفه وعده ، وانما تعجل حق المقتول في الدنيا ، وقد قال تعالى :

(والذين لا يدعون مع الله الها آخر ولا يقتلون النفس التي حرم الله الا بالحق ، ولا يزنون ، ومن يفعل ذلك يلق آثاماً ، نضاعف له العذاب يوم القيامة ويخلد فيها مهاناً الا من تاب)^(١) الآية وهذه الآية تدل على قبول التوبة ، واذا سقط الذنب مع التوبة فمع استيفائه مثله ، والامر في الجميع مقتبس .

فصل

القود في العمد

٧١٥٠ - وقيل العمد يوجب القود ولا يوجب الدية الا ان يرضى بذلك القاتل^(٢) .

٧١٥١ - وقال مالك والشافعي ولي المقتول بالخيار ان شاء قتل وان شاء اخذ دية المقتول ، لانه عليه السلام قال :

(من قتل له بعد ذلك قتيلاً فاهله بين خيرين ان احبوا قتلوا وان

(١) الفرقان (٢٥/٦٨) .

(٢) انظر : الدية واحكامها للسيد خالد رشيد الجميلي ، ص ٩٤ .

شاءوا اخذوا الدية (١) كذا رواه ابو هريرة وابو شريح الكعبي (٢) .

٧١٥٢ - وقال اصحابنا المراد بذلك اذا بذل القاتل الدية ، ولا تكون دية مأخوذة الا برضا من يؤدي ذلك وانما كان في الجاهلية انه لا تقبل دية اذا بذلت للمولى ، لهذا قال تعالى :

(فمن عفى نه من اخيه شيء فاتباع بالمعروف) يعنى يتبعه الولي ، (واداء اليه) كما أحب (ذلك تخفيف من ربكم ورحمة) والهاء راجعة الى الولي ، فله ان يأخذ ما اعطاه القاتل ، ونهى عن العدوان بعد ذلك في الاخذ والعطاء ، والخبر يتضمن رضا الولي حتى يأخذ الدية ، وليس فيه اسقاط رضا القاتل ، ونحن نضمن ذلك بالدليل على الرضا بالاداء اليه .

فصل

٧١٥٣ - وقد اتفق الفريقان على ان كل من وجد جنس حقه ، وبذل له ، انه لا يجوز له المدول الى غيره الا برضاء المؤدى من سائر الحقوق وذوات الامثال (٣) .

٧١٥٤ - والقتل انما شرع لصيانة الدماء وردعا عن القتل ، فكل من يجب قراره في دارنا على التأيد فالتقصاص مسوغ بقتله في الجملة ،

(١) احتج الشافعي بهذا الحديث في القول ان القصاص والدية عقوبتان اصليتان في القتل العمد وان ولي الدم يتخير منهما ما شاء ولا اعتبار لرضا الجاني (انظر الدية واحكامهما للسيد خالد رشيد الجميلي ، ص ٩٨) ونيل الاوطار ج ٧ ص ٩ وفيه ان هذا هو ايضا مذهب الهاديوية والناصر وابي حامد والشافعي في قوله « فقد روى ابو شريح الكعبي ان النبي قال عام الفتح : « من قتل له قتيل فهو بخير النظرين ان أحب اخذ العقل وان احب فله القود » .

(٢) انظر نيل الاوطار ج ٧ ص ٨ .

(٣) هذا قياس مع الفارق .

وسائر الناس في هذه الجملة سواء ، المسلم والذمي والحر والعبد والصغير والكبير والذكر والانثى والقريب والبعيد ، وكل هذه الجملة مختلف فيها .

فصل

قتل المسلم بالذمي

٧١٥٥ - فالمسلم يقتل بالذمي عندنا^(١) ، ولا يقتل بالمستأمن في اصح الروايتين .

٧١٥٦ - وقد روى الطحاوي في مختصره عن ابي يوسف انه يقتل به^(٢) .

٧١٥٧ - ويقال الشافعي وغيره لا يقتل مؤمن بكافر .

٧١٥٨ - وان جرح الذمي ذمياً فاسلم الجراح ثم مات المجروح قتل

(١) جاء في جامع مسانيد الامام (١٧٧/٢ - ١٧٨) ابو حنيفة عن حماد عن ابراهيم ان رجلاً من بني شيبان قتل رجلاً نصرانياً من اهل الجزية فكتب الى الكوفة الى عمر بن الخطاب بذلك ، فكتب اليه عمر (رض) ان ادفعه الى اولياء القتيل فان شاءوا قتلوا وا شاءوا عفوا عنه ، ثم كتب اليه ان ادفه بالدية من بيت المال ، وذلك انه بلغه انه فارس من فرسان العرب .

(٢) قتل المسلم بالمستأمن اساسه حديث عبدالله بن عمرو عن النبي (ص) انه قال : « من قتل معاهداً لم يرح رائحة الجنة » رواه احمد والبخاري والنسائي وابن ماجه ، وفي رواية ابي هريرة عن النبي (ص) انه قال « الا من قتل نفساً معاهدة لها ذمة الله وذمة رسوله فقد اخفر ذمة الله ، ولا يرح رائحة الجنة » وقد روى هذا الحديث عن ابي هريرة من غير وجه مرفوعاً « قوله معاهداً » والمعاهد هو الرجل من اهل دار الحرب يدخل دار الاسلام بامان فيحرم على المسلمين قتله بلا خلاف بين اهل الاسلام حتى يرجع الى مأمنه ويدل على ذلك قوله تعالى « وان احداً من المشركين استجارك فاجره حتى يسمع كلام الله ، ثم ابلغه مأمنه » . (نيل الاوطار ج ٧ ص ١٤ - ١٥) .

المسلم به وان كان مؤمناً •

٧١٥٩ - فاذا خرج من الخبر هذا والملفظ يمنع منه حمل اصحابنا
الخبر على المسلم اذا قتل الكافر الحربي ، لانه عليه السلام قال :

(ولا ذو عهد في عهده)^(١) والكافر الذي لا يقتل به ذو المهد هو
الكافر الحربي ، وكذا المؤمن الذي لا يقتل بالكافر مثله لانه معطوف
عليه •

وقد روى انه عليه السلام اقاد مسلماً بذمي^(٢) •

وقال (انا اولى من وفى بذمته) ولانها تساويا في الحرية وحقق
الدم على التأيد ، وليس بينهما ابوة ولا ملك ، والقتل عمداً يوجب
القصاص لانه بهذه الاوصاف يجب القتل على المسلم للمسلم والذمي
للذمي •

وقد روى عن ابي يوسف انه رجع عن ذلك ، وفيه بيت شعر :

جار ابو يوسف في حكمه بقتله المسلم بالكافر

(١) حديث لا يقتل مسلم بكافر ولا ذو عهد في عهد رواه احمد وابو
داود (نيل الاوطار ، ج ٧ ص ١٠) •

(٢) جاء في نيل الاوطار (ج ٧/١٢) ذهب الشعمي والنخعي وابو
حنيفة واصحابه الى انه يقتل المسلم بالذمي ، واستدلوا بقوله في حديث
علي وعمر بن شعيب « ولا ذو عهد في عهده » • وجاء فيه ايضا (ج ٧
ص ١٣) ومن جملة ما احتج به القائلون بان يقتل المسلم بالذمي عموم قوله
تعالى النفس بالنفس « يجاب بانه مخصص باحاديث الباب ومن ادلتهم
ما اخرج البيهقي من حديث عبدالرحمن بن البيلماني « ان رسول (ص)
قتل مسلماً بمعاهد » ، وقال « انا اكرم من وفى بذمته » واجيب عنه بانه
مرسل ، ولا تثبت بمثله حجة • وبأن ابن البيلماني المذكور ضعيف
لا تقوم به حجة اذا وصل الحديث ، فكيف اذا ارسله كما قال الدارقطني •

فصل

قتل الحر بالعبد

٧١٦٠ - والحر يقتل بالعبد عندما اذا كان عبداً لغيره ولا يقتل بعبد نفسه .

٧١٦١ - وقال الشافعي لا يقتل الحر بالعبد في كل حال الحر بالحر وقد قابل العبد بالحر وجعله بازائه في الاستيفاء ، واجمعنا على ذلك ولان العبد يحتاج الى زاجر عن قتلهم كما يحتاج في ذلك الحر .

فصل

قتل الذكر بالأنثى

٧١٦٢ - ويقتل الذكر بالأنثى والأنثى بالذكر عندما وهو قول الشافعي وعامة الفقهاء .

٧١٦٣ - وحكى ابو موسى في مختصره (*) ان من الناس من قال لا يقتل حتى يغرمه اولياء المرأة تمام الدية يعني دية الحر القاتل ، وقال آخرون لا يقتل بحال .

٧١٦٤ - وعندما ان النفوس متكافئة الصحيح والسقيم والحر والعبد

(*) ورددت الإشارة في تكملة تاريخ الطبري للمهداني (ص ١٤٤ و ١٤٧) الى محمد بن عيسى المعروف بابن ابي موسى الضريز وانه ولي القضاء بالجانب الغربي من بغداد في خلافة المستكفي سنة ٣٣٣هـ ، وورد ان القضاء بالجانب الشرقي كان الى عبدالله بن ابي موسى الهاشمي فدخل عليه اللصوص في شهر ربيع الآخر فاخذوا ماله وقتلوه .

والصغير والبالغ والذكر والانثى لقوله تعالى (النفس بالنفس)^(١) وقول النبي صلى الله عليه وسلم (العمد قود)^(٢) ولأجل العلة التي تقدمت لها •

فصل

٧١٦٥ - ولا يقتل الوالد بولده عندنا ، وهو قول الشافعي [واحد]^(*) •

٧١٦٦ - وقال مالك الا النفحة بالسيف^(٣) وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال : (لا يقتل والد بولده) ولقياس يوجب ان يقتل به لولا السنة •

فصل

قتل الجماعة بالواحد

٧١٦٧ - وتقتل الجماعة بالواحد ولا غرم عليه لمن بقي ، وقد قال عمر بن الخطاب (رض) : (لو تمالأ عليه اهل صنعاء لقتلتهم به) •
٧١٦٨ - وهو قول الشافعي ومالك •

وقال بعض الفقهاء ، يقتل به واحد من الجماعة ويقرعون فمن وقعت عليه القرعة قتل •

(١) المائدة (٥/٤٥) •

(٢) في سنن النسائي (٤٠/٨) في باب من قتل بحجر أو سوط عن ابن عباس • من قتل عمدا ففقد يده ، فمن حال بينه وبينه فعليه لعنة الله والملائكة والناس اجمعين لا يقبل منه صرف ولا عدل •

(*) الافصاح لابن هبيرة (٣٧٥/٢) •

(٣) في الافصاح لابن هبيرة (٣٧٥/٢) قال مالك (اذا قتل الاب ابنه) يقتل به اذا كان قتله له بمجرد القصد كاضجاعه وذبحه فان حذفه بالسيف غير قاصد لقتله فلا يقتل به • والجد في ذلك عنده كالاب • أه •
والنفح هو الضرب والرمي (لسان العرب) •

٧١٦٩ - والقرعة لا توجب القتل على من لا قتل عليه •

٧١٧٠ - وقال بعض الفقهاء عليهم دية لمقتول •

فصل

القتل بالجماعة

٧١٧١ - وعذنا يقتل بالجماعة ، وقال الشافعي يغرم ديات من بقي

من العييد ، ان كان القاتل حراً وان كان عبداً قتل بالجماعة ولا غرم على

المولى ، ولانهم ساووه اذا قتلوه فساواهم اذا قتلوا به كالواحد مع الواحد •

فصل

قتل الولد بالوالد إلخ

٧١٧٢ - واتفق الجميع على ان الواحد يقتل بالجماعة وان الولد

يقتل بالوالد والعبد بالحر والكافر بالمسلم والمرأة بالرجل •

فصل

من لا قصاص بينهم

٧١٧٣ - واتفق اصحابنا على ان القصاص لا يجرى بين الاحرار

والعييد في الاطراف ولا بين النساء والرجال والواجب في ذلك الاروش

والديات •

٧١٧٤ - وقال الشافعي كل محصنين جرى القصاص في النفس فانه

يجرى في الطرف واعتبر الاطراف بالنفوس •

فصل

ما تجب فيه الكفارة بدلاً من القصاص

٧١٧٥ - واتفق الجميع على انه لا يقطع الصحيح بالاشل ولا الكامل

الا صابع بالناقص ، ويقتل الصحيح بالزمن وبالمقطوع الاطراف وان حرمة

النفس أكد وحكمها اعظم وتجب الكفارة •

فصل

مالا كفارة فيه

٧١٧٦ - ولا يجب بقطع طرف كفارة ولا قسامة •

فصل

لا يقطع عضوان بعضو

٧١٧٧ - وقال اصحابنا ، ولا يقطع يدان بيد ، ولا تقفأ عينان بعين ولا تقطع رجلان برجل •

٧١٧٨ - وقال الشافعي اذا لم يتميز الفعل قطعت اليدان بالواحدة ، وكذلك سائر الاطراف وقال : لو قطع كل واحد جانبا حتى التقيا فلا قصاص عليهما وتجب الدية كما نقول •

فصل

عدم مضاعفة الدية

٧١٧٩ - واتفق الجميع على انه لو كان ذلك خطأ كان الواجب دية واحدة لا ديتين •

فصل

المكره والمكره

٧١٨٠ - ويجب القصاص على المكره ولا يجب على المكره عند ابي حنيفة ومحمد •

٧١٨١ - وقال زفر يجب عليها جميعا ، وهو احد قولي الشافعي •

٧١٨٢ - وقال ابو يوسف لا قصاص •

٧١٨٣ - وزفر يقول الاكراه لم يبع الفعل فهو كالمختار ، وابو حنيفة

يقول في بعض الطرق عنه انه آله للمكره في الفعل ، وفي بعضها ينقل
الفعل اليه •

٧١٨٤ - والصحيح ان الاكراه لنفسه معصية يجب به القتل اذا اتصل
به القتل •

فصل

اشتراك العايد والمخطيء

٧١٨٥ - واذا اشترك العايد والمخطيء في القتل فالتقصاص على العايد
لانه نفس خرجت بخطا وعمد فهو يشبه العمد ، وهو قول الشافعي •
٧١٨٦ - وقال مالك ، يجب على المتعمد فعله لا فعل الغير •

فصل

٧١٨٧ - واذا اشترك الاب والعايد في قتل الولد فلا قصاص على
الاجنبي لان فعل الاب لا يتعلق به القصاص فهو كالخطا •
٧١٨٨ - وقال الشافعي يجب على الاجنبي القود •
٧١٨٩ - وكذلك الخلاف لو جرحه وجرحه السبع أو جرح نفسه
على الخلاف •

فصل

اللجوء إلى الحرم

٧١٩٠ - ومن قتل خارج الحرم ثم لجأ اليه لم يقتل عندنا •
٧١٩١ - وقال الشافعي يقتل •
٧١٩١ - واتفقوا على انه لو قتله وهو حربي ثم اسلم انه لا يقتل •
٧١٩٣ - واتفقوا على انه يستوفى في الطرف في الحرم وسائر
الحقوق •

٧١٩٤ - واتفقوا على انه لو قتل في الحرم قتل فيه ، لانه فعل فيه
مثل ما فعل •

فصل

استيفاء القصاص لمن؟

- ٧١٩٥ - ويثبت استيفاء القصاص لكل وارث عندنا •
- ٧١٩٦ - وقال الشافعي للرجال والنساء •
- ٧١٩٧ - وقال مالك لا حق للنساء في القصاص وذلك في الرجال^(١) •
- ٧١٩٨ - لانهن يرثن المال كالرجال •

فصل

عفو أولياء الدم

- ٧١٩٩ - ولو عفا احد اولياء الدم من رجل او امرأة سقط القصاص ،
ولمن بقى من الاولياء حصته من الدية وليس له ان يقتص •
- ٧٢٠٠ - وقال مالك ، لمن لم يعف ان يقتص وجعل ذلك كولاية
النكاح لكل ولي ان يزوج ويقولنا قال عمر وابن مسعود (رض) •
- ٧٢٠١ - لانه نفس احبى بعضها •

(١) رأي مالك اقرب الى تصوير العرف قبيل الاسلام كما كان
مألوفاً في المدينة حيث أخذ بما جرى عليه العمل في المدينة ، والعرف العربي
يصدر عن نظام حصر السلطة في رب الاسرة والعصابات من الرجال •
اما الرأي الآخر فيصدر عن تصوير جديد ينظر فيه الى الميراث والى
ما تقرر في الشرع الاسلامي من مساواة الرجل والمرأة في الحقوق ، والظاهر
ان هذه المسئلة لم تحدث فيها سابقة في زمن البعثة النبوية ، اي لم تقع
حادثة طلب فيها القصاص للنساء دون الرجال ، ولو كان شيء من ذلك
قد وقع لرويت ستة تقطع النزاع •

فصل عفو المجرور

٧٢٠٢ - ولو عفى المجرور عن الجناية ثم مات سقط القصاص ،
لانه اسقط الحق مع وجود سببه .

فصل العفو عن الوارث

٧٢٠٣ - ولو عفى عن الوارث فالقياس ان العفو باطل لانه عفى قبل
ثبوت حقه فهو كالشفيع اذا اسقط حقه قبل البيع .
٧٢٠٤ - وفي الاستحسان ان العفو جائز لان حقه قد تعلق في مرضه
ولهذا صح عقده لاجل الوارث فيما زاد عن الثلث .

فصل سقوط الدية

٧٢٠٥ - واذا اسقط القصاص بالعفو هل تسقط الدية ام لا ؟ فقد
قالوا ان كان عفى عن الشجة ثم صارت نفسا فعليه الدية في قولهم جميعا ،
وان كان عفى عنها وما يحدث منها أو عن الجناية فقد اختلف في ذلك فمنهم
من قال عفوه قبل ثبوت الحق ، وقد كان القياس ان يجب القصاص ، وانما
سقط بشبهه والدية ثبتت مع الشبهة .

فصل جناية الثاني

٢٧٠٦ - واذا قطع رجل يد آخر عمدا من الزند ثم جاء آخر وقطعها
من المرفق ثم مات المجني عليه فالقصاص على الثاني عند اصحابنا الا زفر
وقد قال الشافعي يقتلان جميعا . لان جناية الثاني ازالة عين الاولى
فسقط حكمها والانسان لا يتألم بما فات .

فصل

ما يجب القصاص به

٧٢٠٧ - ويجب القصاص في اليد والرجل والعين وفي اصابع اليد والرجل اذا ما اثبتت^(١) في ذلك ولا نعلم في ذلك خلافاً .

فصل

الاقتصاص من العين

٧٢٠٨ - والعين اذا اراد ان يقتض منها تشد الصحيحة التي لا قصاص فيها ويجعل بازاء العين التي فيها القصاص مرآة محماة وتقابل بها حتى يذهب ضوءها .

فصل

الاذن الصماء

٢٧٠٩ - وفي الاذن الصماء القصاص .

فصل

السن

٧٢١٠ - والسن اذا قلمت عندنا يستأنى بها حولا فان ثبتت فلا قصاص فيها واذا لم تثبت ففيها القصاص ، وتبرد بالمبرد اذا كسرت وتقلع اذا قلمت .

فصل

العين

٧٢١١ - والعين اذا قورت واخرج لحمها يفعل بالجاني مثل ذلك لانا لا ندري كم اخذ من باطن العين من اللحم .

(١) في نسخة المعهد (اما علة) .

فصل

لا قصاص على المقتص

٧٢١٢ - ومن قطع يد انسان فاقص منه فمات من القصاص لا قصاص على المقتص له باتفاق^(١) .

فصل

لا دية على المقتص

٧٢١٣ - واختلف في الدية فقال ابو يوسف ومحمد والشافعي لا شيء عليه كما لا شيء على الامام اذا قطع السارق .

٧٢١٤ - وقال ابو حنيفة تجب دية النفس لانه استوفى غير حقه ، وروى عنه يجب نصف الدية .

فصل

وفاة المقتص قبل قطع يد الجاني

٧٢١٥ - واتفق الجميع على ان المقتص لو مات بعد قطع يد الجاني فان كان استوفى قبل البرء وجب القصاص على الجاني ، لان الخيانة صارت نفساً .

فصل

قطع يمين رجلين

٧٢١٦ - ومن قطع يمين رجلين فانه تقطع يده لهما ويغرم الدية فتكون بينهما .

٧٢١٧ - وقال الشافعي يقطع للاول منهما ، ويغرم دية اليد للثاني ، وهو حجة في القصاص له ان يغرم لمن بقى .

(١) الجواز الشرعي ينافي الضمان .

فصل

يد القاطع شلاء

- ٧٢١٨ - وان قطع يد رجل ويد القاطع شلاء أو ناقصة الاصابع ،
فالمجنى عليه بالخيار ان شاء اخذ الدية وان شاء اخذ اليد الناقصة •
- ٧٢١٩ - وقال الشافعي ، له ان يقطع ويأخذ ارش ما فات من الاصابع •
وروى عنه انه تجب نصف الدية •
- ٧٢٢٠ - لان التساوي يجب في الاطراف لان فيها معي المال فاذا لم
يجد نفس حقه بكماله ثبت له الخيار في اخذ الناقص •

فصل

اليد المقطوعة شلاء

- ٧٢٢١ - ولو كان القاطع صحيح اليد والمقطوع اليد ناقص الاصابع
أو يده شلاء فانه يلزمه دية ما فيها من الاصابع عند ابي حنيفة ومحمد وعن
ابي يوسف انه لا يلزمه دية الاصابع وحكومة عدل فيما قطع من الكف
ويجب عليه دية اليد وحكومته عدل •

فصل

قطع يد من نصف الساعد

- ٧٢٢٢ - ومن قطع يد رجل من نصف الساعد فلا قصاص في ذلك
عليه وعليه دية اليد وحكومة فيما قطع من الذراع ، وقد روى عن ابي
يوسف ان عليه دية اليد خاصة •

فصل

للوصي استيفاء القصاص

- ٧٢٢٣ - واتفق اصحابنا على ان للوصي ان يستوفي القصاص

للصبي فيما دون النفس ، وليس له ان يستوفى في النفس ، فلو قتل عبد
اليتيم أو وليه فليس له ان يقتص عندهم .
٧٢٢٤ - وقال بعض اصحابنا ان القياس ان يقتص في الجميع .

فصل للأب أن يقتص

٧٢٢٥ - وقالوا في الأب له ان يقتص في النفس والطرف وفي العبد
التي تقتل لولده الصغير .
٧٢٢٦ - وقال الشافعي الأب والوصي في ذلك سواء فلا يستوفى
قصاص في نفس ولا طرف لانه اتلاف حق على الصغير ، ونحن نقول
استيفاء حق للصغير يجوز ان يستوفى بالغير في حق البالغ كالمال .

فصل قتل بلا وارث

٧٢٢٧ - ومن قتل ولا وارث له فالامام بالخيار ان شاء اقتص له ،
وان شاء اخذ الدية وليس له ان يعفو ، هكذا حكم عثمان بن عفان في
عبدالله بن عمر حين قتل الهرمزان الذي اتهم بقتل ابيه .

فصل ثبوت القصاص لصغير وكبير

٧٢٢٨ - واذا ثبت القصاص لصغير وكبير فللكبير ان يستوفى القصاص
قبل بلوغ الصغير عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي ليس
له ذلك حتى يجتمعا على القصاص بعد البلوغ لان الحق ثبت لمعين لم يتم
استيفاؤه (١) .

(١) تفرقه بين ثبوت الحق نفسه وبين ثبوت الحق في الاستيفاء
وبعبارة اخرى بين المديونية والمسؤولية .

فصل

بعض الورثة غائب

٧٢٢٩ - واتفق الفريقان على انه لو كان بعض الورثة غائبا ليس للحاضر ان يقبض مع غيبته وعن مالك ، الغائب والصغير سواء ، ويستوفى القصاص بناء على اصلنا ان لكل واحد ان يستوفى القصاص منفردا •

فصل

قطع عضو ناقص

٧٢٣٠ - واتفق اصحابنا على ان من قطع لسان الاخرس أو ذكر العين أو قلع العين الموراء أو السن السوداء أو رجل طفل لم يمش فانه لا قصاص في ذلك اذا كان عمدا ولا دية اذا كان خطأ وفي جميع ذلك حكومة عدل •

فصل

القتل بالإلقاء من شاهق والخنق إلخ

٧٢٣١ - ولو نكس رجل رجلا من شاهق أو خنقه أو غرقه في ماء فعليه الدية ولا قصاص عليه عند أبي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي في ذلك القصاص اذا كان بحيث لا ينجو فيه •

٧٢٣٢ - وقال ابو حنيفة ان وجد الخناق يخنق في المصر وتكرر منه فان الامام يقتله دون اولياء المخنوق •

فصل

ثبوت القصاص بين اثنين

٧٢٣٣ - واذا ثبت القصاص بين اثنين في مملوك لها واحدهما صغير والآخر كبير فمن اصحابنا من حكى عن أبي حنيفة ان ذلك والمسألة المتقدمة

سواء فللكبير ان يقتص عند الحنفية ، ومنهم من قال ليس للمولى الكبير ان يقتص في الملك وهو بخلاف الولي سمعت هذا من شيخنا قاضي القضاة في درس هذه المسئلة .

٧٢٣٤ - ولم ار منصوباً في القصاص في الطرف اذا ثبت لصغير وكبير هل للكبير ان يستوفي ، ولعل فيه نص لم اره ولا بلغني .

٧٢٣٥ - وعند ابي يوسف ومحمد لا اشكال انه لا يستوفي حتى يبلغ الصغير ، والا ظهر عندي على اصل ابي حنيفة انه لا يستوفي الا ان يكون الشريك في ذلك اب أو وصي^(١) ، فان كان ممن لا يتصرف على الصغير فلا يستوفي ذلك .

فصل

لا قصاص في الشجاع

٧٢٣٦ - ولا قصاص في شيء من الشجاع الا الموضحة فانه يقتص بقدرها اذا كانت عندا .

فصل

لا قصاص في كسر عظم

٧٢٣٧ - ولا قصاص في كسر عظم ولا هشمه .
وسنذكر في الديات حكم الشجاع لان ذكرها هناك أليق .

فصل

الأنامل

٧٢٣٨ - ومن له ائملتان فجاء رجل له ثلاثة أنامل فقطع العليا من

(١) في النسختين (أب للوطي) والسياق يقتضي ما اثبتناه .

الانملتين فلا قصاص عليه ، ولو ذهبت انملته العليا استوفى القصاص من
الوسطى لان الجناية على وقوعها غير موجبة القصاص •

فصل

قطع إصبعاً فشلت أخرى

٧٢٣٩ - ومن قطع اصبع رجل عمدا فشلت أخرى الى جنبها من
القطع سقط القصاص ووجب دية الاصبعين عند ابي حنيفة •

وقالا وقال الشافعي يقتص في المقطوعة. ويجب أرش التي نلت •

٧٢٤٠ - لان الجناية الواحدة اذا وجب بها ارشان سقط القصاص
كما لو كانت الجناية خطأ •

فصل

قطع يمين رجلين

٧٢٤١ - واذا قطع رجل يميني رجلين فعفا احدهما فهو على ثلاثة
أوجه :

اما ان يعفو قبل قضاء القاضي واستيفاء الدية أو يكون العفو بعد
القضاء وقبل استيفاء الدية أو بعد القضاء واستيفاء الدية •

فان كان قبل قضاء القاضي فلمن لم يعف قطع يده في قولهم جميعا •

وان كان بعد القضاء قبل الاستيفاء فهو مثل الاول عند ابي حنيفة
وابي يوسف وعند محمد لا يجوز ان يقتص ، ولكن يأخذ ارش اليد •

واما ان كان بعد القضاء واستيفاء الدية فعند ابي حنيفة وابي يوسف
يجب القصاص للآخر في القياس ولكنهما استحسنا وقالا لا قصاص لكن
يأخذ تمام دية اليد •

وهو قول محمد وكذلك لو اخذ به رهنًا^(١) .

فصل

العفو بعد القطع

- ٧٢٤٢ - ومن وجب له قصاص في نفس أو قطع (فقطع) الولي يد الجاني ثم غفى عنه فعله دية اليد عند أبي خنيفة .
٢٧٤٣ - وقال أبو يوسف ومحمد لا شيء عليه ، وهو قول الشافعي ، ولأن العفو للسيد إلى حين الجناية فيكون اخذ طرفا ليس له اخذه .

فصل

عفو أحد الولين

- ٧٢٤٤ - وإذا غفى أحد الولين عن القصاص ثم قتل الآخر بعد ذلك وهو لا يعلم بالعفو أو علم ولكن لم يعلم انسه قد حرم عليه القتل فلا قصاص عليه .
وان كان يعلم بالتحريم فعليه القصاص عند أبي خنيفة وأبي يوسف ومحمد .

٧٢٤٥ - وقال زفر عليه القصاص في الاحوال كلها .

٧٢٤٦ - وقال مالك ، لا قصاص عليه في الاحوال كلها .

فصل

- ٧٢٤٧ - وتجب الدية عليه لانه قتل من لا حق له في قتله ويسقط من ذلك مقدار حقه في الدية .

(١) في نسخة (ق) : رضا .

(٢) في نسخة المعهد : يستند .

فصل

قطع يده ثم قتله

٧٢٤٨ - ومن قطع يد رجل عمداً ثم قتله قبل ان يبرأ من اليد فعند ابي حنيفة للمولى ان يقطع يده ثم يقتله ان شاء .

٢٧٤٩ - وقال ابو يوسف ومحمد له ان يقتله وليس له القطع ، وان كان برأ من القطع فله النقطع والقتل في قولهم جميعاً .

فصل

٧٢٥٠ - ولو كان قطع يده خطأ ثم قتله خطأ فان كان قبل البرء فعليه دية واحد وان كان بعد البرء فعليه دية النفس ودية اليد في قولهم جميعاً لان جناية اليد استقرت بالبرء .

فصل

قطع يده خطأ وقتله عمداً

٧٢٥١ - ولو قطع يده خطأ وقتله عمداً فعليه دية اليد في قول زفر .
٧٢٥٢ - وقال ابو يوسف ليس عليه دية اليد الا ان يبرأ ، وكذلك ان قطع عمداً ثم قتل خطأ .

فصل

موت من قطع إصبعه عمداً ثم قطع كفه خطأ

٧٢٥٣ - ولو قطع رجل اصبع رجل عمداً ثم قطع آخر كفه خطأ ثم مات فلا قصاص على واحد منهما وعلى كل واحد نصف الدية عند زفر .
٧٢٥٤ - وقال ابو يوسف يقتص من الاصبع ، وعلى عاقلة الآخر (الدية) .

٧٢٥٥ - لان جناية الاول استقرت بالقطع فهو كالبرء •

فصل

قتل كل من أبوين ابن الآخر

- ٧٢٥٦ - ولو ان ابوين قتل كل واحد منها ابن الآخر وكل واحد منهما وارث الآخر فجاء الى الحاكم وطلب كل واحد القصاص •
- ٧٢٥٧ - قال ابو يوسف لا قصاص وقد سقط عنهما لان كل واحد منهما يلزم في حال ويدراً في حال •
- ٧٢٥٨ - وقال زفر للامام ان يبدأ بايهما شاء فيقتله ويبطل قصاص الثاني لانه ورث دم نفسه •

فصل

قطع عمداً ثم ارتد

- ٧٢٥٩ - ومن قطع يد رجل عمداً ثم ارتد والعاذ بالله تعالى ثم مات أو قتل فعلى القاطع دية اليد ولا قصاص عليه ، لانه طراً على الخيانة ما يمنع القصاص فاسقطه •
- ولو رجع الى الاسلام ثم مات من ذلك فعلى القاطع دية النفس عند ابي حنيفة وابي يوسف لان الجناية صارت نفساً ولذا سقط القصاص لانه سقط بالرق فلا يعود •

فصل

- ٧٢٦٠ - وقال محمد بن الحسن تجب دية اليد •

فصل

قلع سن دفاعاً عن النفس

- ٢٧٦١ - ولو عض رجل يد رجل فحذب العضوض يده فقلع سنه

فلا قصاص عليه في السن ولا دية لانه في حكم الدافع عن نفسه فلا يلزمه ضمان والله اعلم^(١) .

٧٢٦٢ - ومن رمى غيره بسهم فقتله فعليه القصاص وهو كالعمد يقتل به اذا كان ذلك بحديد لان ما يتولد من اعتماد القوس فهو في حكم فعل الفاعل لانه عنه تولد القتل^(٢) .

فصل

٧٢٦٣ - وعلى من رمى عبدا فاعتقه مولاه قبل ان يصيبه السهم بعد الرمي قيمته لا دية حر .

٧٢٦٤ - وقال ابو يوسف ومحمد عليه قيمته مرميا الى غير مرمى ولو كان قطع يد عبده فاعتقه مولاه فعلى القاطع ارش اليد ان مات من ذلك لمولاه ، وان كانت الجناية عمدا فان كان المولى هو الوارث فله ان يقتل الجاني وان كان الوارث سواء أو شريكه فعلى القاطع ارش اليد للمولى ولا شيء عليه سوى ذلك وعتاقه كبرئه من الجناية ، وهو قول ابي حنيفة وابي يوسف .

(١) هذه القاعدة تستند الى قضاء مروى لرسول الله (ص) ففي صحيح مسلم (١٥٩/١١) عن عمران بن حصين قال : قاتل يعلى بن امية رجلا فعض احدهما صاحبه فانتزع يده من فمه فنزع ثنيته فاخصمها الى النبي (ص) فقال : « ايعض احدكم كما يعض الفحل ؟ لا دية له » .
وفي سنن النسائي عن عمران بن حصين ايضا ان رجلا عض يده فانتزع يده فسقطت ثنيته أو قال نناياه فاستعدى عليه رسول الله (ص) فقال له رسول الله (ص) :

ما تأمرني ؟ تأمرني ان آمره ان يدع يده في فيك تقضمها كما يقضم الفحل ؟ ان شئت فادفع اليه يدك حتى يقضمها ثم انتزعها ان شئت الخ .
(٢) اشارته الى التولد من صميم قضايا السببية في المسؤولية الجنائية .

٧٢٦٥ - وقال محمد لا قصاص عليه في الوجهين جميعا ولا شيء عليه سوى ارش اليد ، وهو قول زفر ، وذكر المسئلة الطحاوي في مختصره .

فصل

٧٢٦٦ - ومن رمى مسلما فارتد قبل اصابه السهم فعليه الدية في قول ابي حنيفة .

٧٢٦٧ - وقال أبو يوسف ومحمد لا شيء عليه .

فصل

٧٢٦٨ - ولو رماه وهو مرتد فاسلم واصابه السهم فلا شيء عليه في قولهم جميعا اعتبروا حال الرمي .

فصل

باب نذكر فيه مسائل من الرمي

٧٢٦٩ - وقالوا لو رمى صيدا ثم احرم واصابه السهم فلا جزاء عليه عندهم جميعا .

٧٢٧٠ - ولو رماه وهو في الحل واصابه السهم في الحرم فعليه الجزاء في الاستحسان والقياس ان لا جزاء عليه .

فصل

٧٢٧١ - واتفق الجميع ان الرجل لو رمى عبدا فاصابه السهم ثم اشتراه ثم مات من الرمية انه لا قصاص عليه ، وان كان عبدا عند الرمي ولا يرجع على البائع بشيء .

٧٢٧٢ - وهذا الذي ذكرناه من طرائف مسائل الجنابات وهو كتاب كبير ، وقد بينا حكم ما يجب به القصاص فبقى حكم ما تجب به الدية .

كتاب الديات

٧٢٧٣ - وهذا كتاب الديات^(١) .

قال الله تعالى « وما كان لمؤمن ان يقتل مؤمناً الا خطأ ، ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ، ودية مسلمة الى اهله الا ان يصدقوا وان كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة ، وان كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة الى اهله وتحرير رقبة مؤمنة فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين توبة من الله وكان الله عليماً حكيماً »^(٢) .

فصل

٧٢٧٤ - فقد دلت الآية على وجوه من الفقه منها جواز الاستثناء من الكلام العام ودخول التخصيص عليه .

٧٢٧٥ - وقد قال بعض اهل العلم ان قوله عز وجل « الا خطأ » ان المراد بذلك ولا خطأ ، وهذا خطأ لأن المخطيء والناسي لا يدخلان تحت الخطاب .

ومنهم من قال في الكلام اضرار محذوف تقديره : الا وهو انهم في قتله ، الا خطأ فلا اثم عليه .

فصل

٧٢٧٦ - ومنها ان اسم القتل يقع على المخطيء والعامد ويسمى مع الخطأ ، قاتلاً كما يسمى مع العمد ، ودلت الآية على وجوب عتق الرقبة بقتل الخطأ فلو كان العمد مثل الخطأ في الكفارة لبطل فائدة ذكر الخطأ

(١) الدية عوض الجناية على النفس أو العضو . وقد عرف هذا الضرب من التعويض لدى اكثر الشعوب القديمة بعد ان خفت وطأة الاخذ بالثأر .

(٢) النساء (٤/٩٢) .

فدل ذكر الخطأ على ان العمد لا كفارة فيه •

٧٢٧٧ - وقال الشافعي في العمد الكفارة الواجبة في الخطأ لانها اذا وجدت في الخطأ ففي العمد بالطريق الاولى ، لانه يستعمل في الاعلى فيثبت به في الادنى كمن هو امين على القنطار فهو امين على الدينار ، اولى ، ومن هو امين على دينار فلا يجب ان يكون امينا على القنطار والتأفيف^(١) يدل على منع الضرب ومنع الضرب لا ينفي التأفيف ، ولما صح طريق الاول لعظم الماتم في العمد منع ذلك عن الخطأ •

فصل

لا يعتق الكافر في القتل

٧٢٧٨ - ودلت الآية على ان عتق الكافر لا يجوز في القتل لانه شرط الايمان في ذلك ولو جاز لبطل شرط الايمان •

فصل

٧٢٧٩ - ودلت الآية على ان كل من يقع عليه اسم مؤمن انه يجزى في ذلك ويدخل في ذلك الصغير والكبير والذكر والانثى لوقوع الاسم عليه •

فصل

تسلم الدية

٧٢٨٠ - ودلت الآية على وجوب تسليم الدية الى ولي المقتول •

فصل

٧٢٨١ - ودلت الآية على سائر الاهل سواء فدخل في ذلك المرأة والزوجات ، خلاف ما قال مالك ان المرأة لا تترث من دية زوجها وتترث

(١) اشارة الى قوله تعالى « ولا تقل لهما اف » •

مما سوى ذلك ، وقد ورث النبي صلى الله عليه وسلم امرأة اشيم الضبابي (٢)
من دية زوجها ، وهو قول الشافعي وعامة الفقهاء .

فصل

٧٢٨٢ - ودلت الآية على جواز تسليم الجاني الدية وتسليم النكاح
ومن سواه من الناس اذا سلم الى اهله ، لانه لم يذكر المتسلم من هو .

فصل

أخذ الدية من العاقلة

٧٢٨٣ - ودلت الآية على جواز أخذ الدية من العاقلة لان التسليم
يصلح بهم .

فصل

عق الرقبة بالوكيل

٧٢٨٤ - ودلت على جواز عق الرقبة بالوكيل عن القاتل ، ومن قال
له اعق عبدك عني بالف ففعل ذلك .

٧٢٨٤ - ودلت على جواز الصدقة بالدية من اهل المقتول ، وانه
لا يجب ان يستوفوا ذلك .

فصل

العفو عن الدية صدقة

٧٢٨٥ - ودلت على ان العفو عن الدية يسمى صدقة .

(٢) في اسد الغابة (ج ١ ص ٩٩) : « ان عمر كان يقول : الدية
على العاقلة ولا ترث المرأة من دية زوجها حتى اخبره الضحاك بن سفيان
الكلابي ان رسول الله (ص) كتب اليه ان ورث امرأة اشيم الضبابي من
دية زوجها . قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح » ، وكان قتل اشيم
خطأ .

فصل

جواز إقامة المؤمن بين الأعداء والكفار

٧٢٨٦ - ودلت على ان يجوز ان يكون المؤمن مقيماً بين من هو عدو وهو من الكفار •

فصل

الخروج من الأمان

٧٢٨٧ - ودلت على انه لا يخرج من الأمان بمقامه بينهم •

فصل

الكفارة بقتل المؤمن في دار الحرب

٧٢٨٨ - ودلت الآية على وجوب الكفارة بقتل المؤمن في دار الحرب، وانه في الكفارة مثل المقيم في دار الاسلام •

فصل

قتل المؤمن المقيم بين العدو وعمداً

٧٢٨٩ - ودلت الآية على انه لا يقتل ان قتله عمداً لانه ذكر الكفارة دون القصاص والدية •

٧٢٩٠ - وقال الشافعي يقتل في العمد في احد قوله •

٧٢٩١ - وقال ابو يوسف ومحمد لا يقتل في العمد ويجب بقتله

الكفارة والدية والآية تنفي ذلك كله ، واوجب الدية لم يكن لقوله تعالى « بينه وبين » للمعاهد معنى ، وقد فرق الله تعالى بينهما في ذلك •

فصل

٧٢٩٢ - ودلت الآية على ان المقتول ان كان من قوم بيتنا وبينهم ميثاق ان دينه وكفارته لازمة •

فصل

- ٧٢٩٣ - ودلت الآية على انه لا فرق بين ان يكون المقتول مؤمناً أو من اهل العهد لانه عم ولم يخص •
- ٧٢٩٤ - ومن اهل العلم من قال الكناية ترجع الى من هو مؤمن دون الكافر لانه المذكور في اول الآية •

فصل

الصوم أولى من العتق

- ٧٢٩٥ - ودلت الآية على ان الصوم اولى من العتق فانه لا يجوز مع القدرة عليه •

فصل

الإطعام لا يجزى في القتل

- ٧٢٩٦ - ودلت الآية على أن الإطعام لا يجزى في القتل ولا يشبث بدلا من الصوم عند المعجز خلافاً لما قاله الشافعي انه يشبث ذلك قياساً على كفارة الظهار •

فصل

أنواع الخطأ

- ٧٢٩٧ - والخطأ على ثلاثة اوجه :
- احدها بان يرمى عراً فيصيب انسانا •
- ٧٢٩٨ - والثاني ان يقتل رجلاً يظن انه من اهل الكفر والردة فتبين انه مؤمن •
- ٧٢٩٩ - والثالث ان يضربه بألة لا يقتل بمثلها في الغالب كالضربة بالسوط والعصا الصغيرة فهذا كله خطأ وتجب فيه الدية والكفارة •

باب معرفة دية الخطأ على من تجب وعمن تسقط •

- ٧٣٠٠ - اعلم ان الدية تجب عندنا بقتل كل نفس لها حرمة ، وكل من يجب بقتله الكفارة يجب بقتله الدية فالكفارة تدل على حرمة المقتول •

فصل

اختلاف الدية باختلاف الذكورة والأنوثة

- ٧٣٠١ - والدية عندنا انما تختلف بالرجل والمرأة ، فسائر الرجال الذكور في ذلك سواء اذا كانوا احرارا مسلمين كانوا أو من اهل الذمة أو معاهدين ، والصغير والكبير في ذلك سواء والعاقل والمجنون في ذلك سواء •
- ٧٣٠٢ - والنساء على النصف من ذلك •

- ٧٣٠٣ - وقال الشافعي ، دية اليهودي والنصراني ثلث دية المسلم والنساء على النصف من ذلك ودية المجوسي ثلث دية الكتابي •
- ٧٣٠٤ - وقد اتفق الجميع على انهم في الكفارة سواء •

فصل

الدية لا تختلف

- ٧٣٠٥ - وقد دلت الآية على ان الدية^(١) لا تختلف •
- ٧٣٠٦ - وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم في النفس مائة من الابل^(٢) ، وعندنا هم في القصاص سواء فكذلك الدية •

(١) في نسخة (ق) : الذمة ، وفي نسخة المعهد قريب من ذلك والصواب ما ذكرناه على ما يظهر •

(٢) في الامام لابن دقيق العيد (ص ٤٤٨) ان هذا الحديث ورد في

فصل

دية الخطأ أخماس

٧٣٠٧ - وعدنا الدية في الخطأ أخماس^(١) وهي مائة من الابل منها عشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون حقة وعشرون جذعة •
هكذا روى حنيفة بن مالك(*) عن عبدالله بن مسعود عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال احسب انه جمل الدية في الخطأ أخماساً •

٧٣٠٨ - وقال الشافعي تكون ارباعاً وليس فيها ابن مخاض •

٧٣٠٩ - وهو قول علي بن ابي طالب رضى الله عنه ، خمس وعشرون من كل صنف مما ذكرناه^(٢) •

→

الكتاب الذي كتبه النبي (ص) لعمر بن حزم في العقول • وانظر سبيل السلام ٢٤٤/٣ • وجاء في بداية المجتهد (٣٤٠/٢) « خرج أبو داود عن عمرو بن سعيد عن ابيه عن جده ان رسول الله (ص) قضى ان من قتل خطأ فديته مائة من الابل ، ثلاثون بنت مخاض وثلاثون بنت لبون وثلاثون حقة وعشر بنو لبون ذكر • قال ابو سليمان الخطابي : هذا الحديث لا اعرف احداً من الفقهاء المشهورين قال به ، وجاء (٢٤٩/٢) ان في الكتاب الذي كتبه رسول الله (ص) لعمر بن حزم في العقول ان في النفس مائة من الابل • أمه •

(١) جاء في بداية المجتهد (٣٤٠/٢) قال أبو سلمان الخطابي « اكثر العلماء ان دية الخطأ أخماس وان كانوا اختلفوا في الاصناف » وانظر سبيل السلام ٢٤٨/٣ ، وفيها عن ابن مسعود عن النبي (ص) قال : دية الخطأ أخماساً •

(*) كذا وفي نسخة تونس : أبو حنيفة عن مالك •

(٢) جاء في بداية المجتهد (٣٤٠/٢) « روى ان دية الخطأ أربعة عن بعض العلماء وهم الشعبي والنخعي والحسن البصري » •

فصل الدية من ثلاثة أصناف

- ٧٣١٠ - وهي عند أبي حنيفة من ثلاثة أصناف :
- ٧٣١١ - الأبل والذهب والورق فالأبل مائة كما ذكرنا ومن الذهب ألف مثقال ومن الورق عشرة آلاف درهم .
- ٧٣١٢ - وقال الشافعي [ومالك ^(١)] ان اخذ الورق اخذ اثني عشر الفا ^(٢) .
- ٧٣٣١ - ولا خلاف ان الدينار عدل في الزكاة بعشرة دراهم حتى جعل نصاب الورق مائتا درهم والذهب عشرون مثقالاً .

فصل الخيار بين أصناف الدية

- ٧٣١٤ - والخيار عندنا للجاني وعاقلته اذا اداء الواجب له .
- ٧٣١٥ - وقد قال الشافعي ان الذهب والفضة بدل من الأبل ويعتبر رضا اولياء الجناية في ذلك .

(١) في مختلف الرواية : ألف دينار .

(٢) بداية المجتهد (٣٤١/٢) .

(٣) في بداية المجتهد (٣٤١/٢) قال الشافعي بمصر لا يؤخذ من اهل الذهب ، ولا من اهل الورق ، الا قيمة الأبل بالغا ما بلغت ، وقوله بالعراق مثل قول مالك . وعمده قول مالك تقويم عمر بن الخطاب المائة من الأبل على اهل الذهب بالف دينار ، وعلى اهل الورق باثني عشر ألف درهم . وعمدة الحنفية ما رووا ايضا عن عمر انه قوم الدينار بعشرة دراهم ، واجمعهم على تقويم المثقال بها في الزكاة .

فصل الدية ستة أصناف

٧٣١٦ - وقد روى عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه انه جعل الدية ستة اصناف :

٧٣١٧ - الابل والذهب والورق كما ذكرناه ومن البقر مائتا بقرة ومن الشاة الفا شاة ومن الحلل مائتا حلة وهو قول ابي يوسف ومحمد بن الحسن^(١) ، غير انهما قالوا قيمة كل حلة خمسون ، وقد روى عن ابي حنيفة ذلك ايضا في كتاب المعامل .

فصل دية شبه العمد

٧٣١٨ - فاما دية شبه العمد فهي ارباع خمسة وعشرون بنت مخاض وخمسة وعشرون بنت لبون وخمسة وعشرون حقة وخمسة وعشرون جذعة ، وهكذا قال ابن مسعود (رض) .

وهو قول ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد بن الحسن ثلاثون حقة وثلاثون جذعة واربعون ما بين ثنى الى نازل غامها كلها خليفة في بطونها اولادها وهو قول عمر بن الخطاب (رض) وزيد بن ثابت وابي موسى (الاشعري) وقد جاء عن النبي صلى الله عليه وسلم وقد روى عن علي رضى الله عنه انه قال ثلاث وثلاثون حقة وثلاث وثلاثون جذعة واربع وثلاثون ما بين ثنى الى نازل غامها كلها خليفة في بطونها اولادها^(٢)

(١) في بداية المجتهد ٢/ ٣٤٠ ان ما ذهب اليه ابو يوسف ومحمد ابن الحسن في هذا الصدد هو قول الفقهاء السبعة المدنيين .

(٢) النسائي (٤٠/٨) عن عبدالله بن عمرو عن النبي (ص) قال : قتيل الخطأ شبه العمد بالسوط أو العصا مائة من الابل اربعون منها في بطونها اولادها . (كلهن خليفة) . والخلفة هي الناقة الحاملة الى نصف اجلها .

وقد روى عن محمد بن الحسن هذا القول ايضا والاول اشهر عنه ،
وهو قول المختلفين لاصحابنا من اصحاب الشافعي وغيرهم .

فصل

دية ما في البدن منه اثنان

- ٧٣١٩ - وكل ما كان في البدن منه اثنان ففيهما الدية .
٧٣٢٠ - وما كان فيه واحد ففيه الدية كاملة^(١) الا لسان الاخرس
وذكر العين فان في ذلك حكمه عدل .

فصل

ما فيه نصف الدية

- ٧٣٢١ - والشفتان والاليتان واليدان والرجلان فان في كل واحد
نصف الدية وفي الجميع الدية^(٢) .

(١) في كتاب النبي (ص) الى عمرو بن حزم : في الانف اذا اوجب
جدعه الدية وفي اللسان الدية (سبل السلام ٢٤٤/٣) .

(٢) في بداية المجتهد (٢٤٩/٢) تفصيل هذه القاعدة وبيان ما هو
محل وفاق وخلاف من تطبيقاتها فقد جاء « ان العلماء اجمعوا على ان في
الشفنتين الدية كاملة ، والجمهور على ان في كل واحدة منهما نصف الدية .
وروى عن قوم من التابعين ان في السفلى ثلثي الدية لأنها تحبس
الطعام والشراب .

وبالجملة فان حركتها والمنفعة بها اعظم من حركة الشفة العليا .
وهو مذهب زيد بن ثابت .

وبالجملة فجماعة العلماء وائمة الفتوى متفقون على ان في كل زوج
من الانسان الدية خلا الحاجبين وقدمي الرجل .

واختلفوا في الاذنين متى يكون فيهما الدية : فقال الشافعي وابو حنيفة
والثوري والليث [بن سعد] اذا اضطلختا كان فيهما الدية ، ولم يشترطوا

فصل

دية الأصابع

- ٧٣٢٢ - وفي الاصابع في كل اصبع عشر الدية وفي كل انملة ثلث عشر الدية الا الابهام فان في كل انملة نصف عشر الدية .
- ٧٣٢٣ - واصابع اليدين والرجلين سواء .

فصل

دية اللحية وأشعار الحاجبين إلخ

- ٧٣٢٤ - وفي اللحية الدية وكذلك في اشعار الحاجبين واهداب

-
- ذهب السمع ، بل جعلوا في ذهاب السمع الدية مفردة .
- واما مالك فالمشهور عنه انه لا تجب في الاذنين الدية الا اذا ذهب سمعهما ، فان لم يذهب ففيه حكومة .
- فروى عن ابي بكر انه قضى في الاذنين بخمس عشرة من الابل ، وقال لا يضران السمع ويستترهما الشعر أو العمامة .
- وروى عن عمر وعلي وزيد انهم قضوا في الاذن اذا اصطلمت نصف الدية .
- واما الجمهور من العلماء فلا خلاف عندهم ان في ذهاب السمع الدية .
- واما الحاجبان فغيبهما عند مالك والشافعي حكومة .
- وقال ابو حنيفة فيهما الدية .
- وكذلك في اشعار العين .
- وليس عند مالك في ذلك الا حكومة .
- وعنده الحنفية ما روى ابن مسعود انه قال في كل اثنين من الانسان الدية ، وتشبيها بما اجمعوا عليه من الاعضاء المثناة .
- وعنده مالك انه لا مجال فيه للقياس وانما طريقة التوقيف ، فما لم يثبت من قبل السماع فيه دية فالاصل ان فيه حكومة .
- وايضا فان الجواب ليسست اعضاء لها منفعة ولا فعل بين ، اعني ضروري في الخلقة ، أه .

العينين وشعر رأس المرأة .

٧٣٢٥ - وقال الشافعي ، لا دية في شيء من الشعور بحال .

٧٣٢٦ - وسمعت قاضي القضاة رحمه الله يحكي غير مرة ان القصاص

يجب في اللحية عند الليث بن سعد وعن زفر تيقن بالميزان بان يزن
ما اخذ من شعره فروي ذلك عنه .

٧٣٢٧ - والدية تجب بكل عضو فيه جمال او له منفعة حبست .

فصل

دية الجفن

٧٣٢٨ - وفي كل جفن من اجفان العينين ربع الدية لانها اربعة .

فصل

دية السن والضرس والنااب

٧٣٢٨ - وفي كل سن أو ضرس أو نااب من انااب الانسان نصف

عشر الدية .

٧٣٢٩ - وهو قول الشافعي ان فرق القلع .

فصل

٧٣٣٠ - وان جمع ذلك بضربة واحدة ففي جميع ما في الفم دية

وثلاثة اخماس دية .

٧٣٣١ - وقال الشافعي في احد قوله دية واحدة .

فصل

عدد الأسنان

٧٣٣٢ - والاسنان اثنان وثلاثون سنًا ، اربع ثانيا واربع ضواحك

واربع انياب وعشرون ضرباً ، وهذا هو العام الظاهر في الناس •

٧٣٣٣ - وقد قال اهل العلم بالطب والمعرفة قد يكون ثمانية وعشرون سنّاً وانا من اسنانه في اصل خلقتها ثمانية وعشرون سنّاً فقد صدق المخبر في ذلك حكايته •

فصل

ثمرة الخلاف في عدد الأسنان

٧٣٣٤ - وثمره الخلاف في ذلك ان اصحابنا قالوا اذا اختلف الضارب والمضروب ، فقال الضارب لم يكن في فيك سن الا واحدة أو خمسة أو ما زاد •

وقال المضروب بل جميع اسناني انت رميتها بالجناية ، هل يكون القول قول الضارب أو القول قول المضروب في العدد ؟

فالقياس ان يكون القول قول الضارب لان الاصل عدم الضمان ، والاستحسان ان يكون القول قول المضروب ، ويجب ان يكون القول قول المضروب الى ثمانية وعشرين لا الى اثني وثلاثين لوجود ذلك خلقه ، والشك فيما زاد على ذلك عندي •

فصل

٧٣٣٥ - وكذلك الخلاف في السن اذا ضربها فاسودت فقال الضارب ، حدث ذلك من غير جنايتي ، وقال المضروب ذلك من جنايتك فهو على ما ذكرت من الخلاف ، وقد اخذ المخالف لاصحابنا بالقياس •

فصل

موضحة ذهب منها السمع

٧٣٣٦ - واتفق الجميع انه لو شجّه موضحة فذهب منها السمع

واختلفا فقال المشجوج حدث ذلك من الشجة ، وقال الشاج : حدث ذلك من غير الشجة ان القول قول الشاج مع يمينه •

فصل العين العوراء

٧٣٣٧ - وفي العين العوراء حكومة عدل وهي كاليه الشلاء ولسان الاخرس وذكر العين لانه لا منفعة فيها •

فصل عين الأعور

٧٣٣٨ - وفي عين الأعور نصف الدية وهي كمن له عيان وهو قول الشافعي •

٧٣٣٩ - وقال مالك بن انس عليه كمال الدية ، لانها تقوم مقام عينين ، ولو كان الامر كما قال لوجب اذا كان القلع عمدا ان يقتص منه في العين ، وأحد لا يقول ذلك ، كذلك في الدية •

فصل

لا قصاص بين العبيد في الأطراف

٧٣٤٠ - ولا يجرى القصاص بين العبيد بمضهم مع بعض في الأطراف •

وقال الشافعي يجرى والواجب في ذلك الاروش •

٧٣٤١ - لان قيم ذلك مختلفة بالجزر والظن وهو تفاوت يجرى مجرى الاموال في الاتلاف •

فصل

٧٣٤٢ - ومن حلق شعر رأس أو نتف لحية انسان فبث ذلك ايض

وقد كان اسود ، قال ابو حنيفة : ان كان حرا فلا شيء عليه ، وان كان عبدا فعليه حكومة عدل .

٧٣٤٣ - وقال محمد الحر والعبد سواء وعليه حكومة عدل في الجميع .

٧٣٤٤ - وذكر أبو الليث ان الخلاف في رواية هشام^(١) .

٧٣٤٥ - قال وكذلك لو ضرب سنه فاصفرت فابو حنيفة يقول ان كان حرا فلا شيء فيه وان كان عبدا ففيه حكومة (عدل) .

٧٣٤٦ - وقال محمد فيه حكومة ، حرا كان أو عبدا ، وقال محمد^(٢) ان اصفرت السن ففيها حكومة عدل ، وقال زفر عليه ارش السن لانه بطل الجمال بها^(٣) .

(١) عيون المسائل للفقهاء ابى الليث السمرقندي . المسئلة ١٣٧٣ وهي بعنوان « حلق شعر رجل » .

(٢) كذا في عيون المسائل للفقهاء ابى الليث السمرقندي ان هذا هو قول ابى يوسف . انظر المسئلة ١٣٧٤ من المعيون وهي بعنوان ضرب سنه فاصفرت .

(٣) ان القول بان اتلاف جمال العضو يستوجب الارش يفسح المجال للقول بوجوب الارش في كل ضرر معنوي آخر قياسا على الجمال بشرط ان تتوفر في الضرر المعنوي عناصر الضرر المترتب على بطلان الجمال ومنها ايداء شعور المضار بما فاتته من خير معنوي قياسا على الايداء الذي يحل بمن اتلف جمال عضو من اعضائه ، وعلى هذا النحو يفسح المجال لتطور جديد في ضمان الفعل الضار في الفقه الاسلامي ونتخطى حدود المعايير المادية التي غلبت على هذا الفقه في تقدير الضرر المستحق للضمان والتعويض تقديرا يقف عبر حدود الضرر المادي ، ولا نسلم بقصر الدية على كل عضو فيه جمال أو منفعة لان هذا التحديد يضيق نطاق حرمة الانسان ويهدر ما لا جمال له أو منفعة من اعضائه ، وما حال جماله من الاعضاء فتأمل !

باب معرفة الشجاج

واروش ذلك وكيف تكون حكومة العدل

٧٣٤٧ - اعلم ان الشجاج عشرة منها خمسة لها اروش مقدرة ومنها خمسة فيها حكومة عدل ، وجميع ذلك ليس فيه قصاص الا الموضحة خاصة فانه يقتض منها اذا كان واضحاً .

الشجاج التي لها أروش

٧٣٤٨ - فالموضحة التي اوضحت عن العظم اذا كانت خطأ نصف عشر الدية .

فصل

٧٣٤٩ - ثم الهاشمة وهي التي تهشم العظم عشر الدية .

فصل

المنقلة

٧٣٥٠ - ثم المنقلة وهي التي ينحى منها العظم ويطرح عشر ونصف عشر الدية (١) .

فصل

الآمة

٧٣٥١ - ثم الآمة وهي التي بأم الدماغ وهي التي بينها وبين الدماغ جلد رقيق ثلث الدية .

(١) في كتاب النبي (ص) الى عمرو بن حزام « في المنقلة خمس عشرة من الابل » وقد فسرت المنقلة في سبيل السلام (٢٤٤/٣) بانها « اسم فاعل من نقل مشدد القاف » وهي التي تخرج منها صغار العظام وتنتقل من اماكنها ، وقيل التي تثقل العظم اي تكسره .

فصل

٧٣٥٢ - والجائفة مثل ذلك ^(١) .

فصل

النافذة

٧٣٥٣ - ثم النافذة وهي التي تفذ من جانين ثلثا الدية لانها بمنزلة جائفتين ، ففي هذا يترتب ما هو مقدر في الكثرة والقلة .

فصل

شجاج ليس لها أرش مقدر

٧٣٥٤ - واما التي لا أرش لها مقدر فاول ذلك المتلاحمة وهي [التي] يسود منها اللحم ويحمر ولا ينشق ففيها حكومة عدل .

فصل

الدامية

٧٣٥٥ - ويلها الدامية وهي التي تشق الجلد ولا تأخذ من اللحم شيئاً فحكومة عدل اكبر من ذلك .

فصل

الباضعة

٧٣٥٦ - ثم الباضعة وهي التي تبضع اللحم وتأخذ في جزء منه اكثر من ذلك .

(١) في خزانة الفقه لابي الليث السمرقندي (ص ٣٦٢) ان الجائفة هي التي تقطع الجلد والعرق الذي في وسط اللحم حتى يسيل الدم ، وهذا معناه ان الجائفة ليست كالآمة خلافاً لما ذكره السمناني ، الا اذا اريد بها انها كالآمة في مقدار الأرش كما هو ظاهر السياق . وقد جاء في الكتاب الذي كتبه رسول الله (ص) لعمر بن حزم في العقول « وفي المأمومة ثلث الدية ، وفي الجائفة مثلها » . (انظر بداية المجتهد ٢/ ٣٤٩) .

فصل

السمحاق

٧٣٥٧ - ثم السحاق وهي التي قد اخذت اللحم وبقي بينها وبين الايضاح جلد رقيق ، وتسمى ايضا الملتاة^(١) حكومة اكثر من ذلك ، وقد روى عن علي رضي الله عنه فيها اربعة من الابل .

فصل

الحارصة^(٢)

٧٣٥٨ - ثم الحارصة ، وهي التي قد عملت في الجلد الرقيق الذي بين العظم واللحم الى الموضحة .
٧٣٥٩ - وهكذا رتب اصحابنا الشجاج وفيه آثار عن الصحابة والسلف من التابعين رضي الله عنهم .

فصل

٧٣٦٠ - وقالوا كل هذه الشجاج انما تكون في الرأس واللحية^(٣)

(١) الملتاة على مفعال السحاق من الشجاج وهي التي بينها وبين العظم القشرة الرقيقة . قال أبو عبيد : اخبرني الواقدي : ان السحاق في لغة اهل الحجاز الملتا بالقصر ، قال أبو عبيد : يقال لها الملتاة بالهاء ، قال : فاذا كانت على هذا فهي في التقدير مقصورة ، قال : وتفسير الحديث الذي جاء « ان الملتى بدمها » يقول معناه انه حين يشج صاحبها يؤخذ مقدارها تلك الساعة ثم يقضي فيها بالقصاص أو الأرض ، لا ينظر الى ما يحدث فيها بعد ذلك من زيادة أو نقصان ، قال وهذا قولهم وليس هو قول اهل العراق . (لسان العرب) .

(٢) الحارصة كالحريضة : الشجة تشق الجلد قليلا ، والحرص الشق (القاموس المحيط) .

(٣) اللحي منبت اللحية من الانسان وغيره وهما لحيان وثلاث الخ على افعال الا انهم كسروا الحاء لتسلم الياء ، والكثير لحي ولحي على فعول مثل ندي وظبي ودلي فهو فعول . (لسان العرب) .

والجيين ، فان كانت في غير ذلك فليس لها هذا الحكم •

فصل

الحد الأقصى لحكومة العدل

٧٣٦١ - ولا يبلغ بشيء من حكومة العدل ارش الموضحة بل ينقص من ذلك الى ما يراه الحاكم ، كما لا يبلغ باليد الشلاء والعين العوراء دية الصحيح من ذلك •

فصل

مفهوم حكومة العدل

٧٣٦٢ - وطريق معرفة الحكومة ان يقوم المحكوم فيه ويجعل من طريق الحكم كانه عبد لا جناية به كم يسوى ، ثم يقوم وبه الجناية كم يسوى فينظر الى ما نقص فيوجب ذلك من الدية كانه يسوى عشرة دراهم وهو صحيح ويسوى وبه الشجة عشرة الا دانق فيعلم انه قد نقص من القيمة سدس عشرها فيوجب له سدس عشر الدية فيكون ذلك من الذهب ستة عشر وثلثين ومن الورق مائة وستة وستين وثلثين •

فصل

٧٣٦٣ - فان بلغ ارش ذلك نصف عشر فانقص من ذلك شيئاً حتى لا يبلغ ارش الموضحة ويعلم ان المقوم خطأ في ذلك ، فكذا تفعل في الحكومة في كل موضع حكمت بها •

فصل

جراحات النساء

٧٣٦٤ - وجراحات النساء على النصف من جراحات الرجال الى السن والموضحة ، فاذا نزلت عن ذلك استوى الرجال والنساء في ذلك عندنا في حكومة العدل •

٧٣٦٥ - وقال بعض الفقهاء ان ذلك على النصف فيما دق وجل كائناً ما كان قياساً على الاروش المقدرة ، وله وجوه من القياس .

٧٣٦٦ - وقد قال مالك انهن يساوين الرجال في جميع ما دون الثلث من الدية فاذا بلغ الثلث مما زاد تفاضلوا فكان الرجل على الضعف من المرأة وهي على النصف من ذلك وهو قول سعيد بن المسيب .

فصل

٧٣٦٧ - وقد حكى بعض اهل العلم ان رجلاً سأل سعيد بن المسيب عن ذلك فقال : ارأيت ان قطع منها اصبع ؟

فقال عشر الدية ، فقال له ارأيت ان قطع منها اصبعان فقال عشرين ، فقال فان قطع منها ثلاثة اصابع ، فقال ثلاثة اعشار ، فقال له فان قطع منها اربع ؟

فقال عشرين فقال السائل : فلما اشتد جرحها وعظمت بليتها نقص عقلها .

فقال له سعيد : اعراقي انت ؟ بذلك جاءت السنة .

فصل

موضحة ذهب بالبصر

٧٣٦٨ - ومن شيخ رجلاً موضحة فذهب بصره أو لسانه فعليه ارش الشجة والدية في اللسان والبصر ، ولو ذهب منها سمعه وجب ايضاً دية السمع مع ارش الشجة في الظاهر من الرواية ، وروى عن ابي يوسف انه قال يجب عليه الدية ويدخل ارش الموضحة في ذلك .

لانه ليس بحاسة ظاهرة ، وجعل ذلك كالعقل اذا ذهب ، وقد اتفق على ان العقل لو ذهب بالشجة لدخل ارش الشجة في دية العقل .

٧٣٦٩ - وقد روى عن الحسن بن زياد (اللؤلؤي) انه قال :
لا يدخل ارش احد الجنائين في الاخرى الا الموضحة اذا ذهب شعره .
٧٣٧٠ - وقال زفر بن الهذيل ، لا يدخل احدهما في الآخر في
الاحوال كلها ، وهو القياس .

فصل

قطع كف ناقصة

٧٣٧١ - ولو قطع رجل كف رجل وهي ناقصة الاصابع فان كان
في كفه ثلاثة اصابع او اكثر فعلى القاطع دية ما فيها من الاصابع ولا شيء
عليه في الكف في قولهم جميعا .

وان كان لا شيء فيها من الاصابع فعليه في الكف حكومة عدل ، في
قولهم جميعا .

وان كان في كفه اصبع أو اصبعان فان في قول ابي حنيفة يجب ارش
ما فيها من الاصابع ولا شيء عليه في الكف ، وعند ابي يوسف ومحمد
ينظر الى ذلك ، فان كان ارش الكف اكثر من ارش ما بقى من الاصابع
يجب عليه ارش الكف .

وان كان ارش الاصابع اكثر يجب ذلك ويدخل القليل في الكثير .
٧٣٧٢ - وقد كان ابو يوسف يقول ان كان ارش الكف اكثر فعليه

الارشان جميعا .

وان كان ارش ما بقى من الاصابع اكثر فعليه دية ما بقى من الاصابع
ولا يجب ارش الكف ، وقد روى عنه رواية اخرى انه قال يجب عليه
ارش الاصبع الباقي وارش الكف ولا يجاوز بذلك كله ارش ثلاثة اصابع .

٧٣٧٣ - وروى عن ابي حنيفة ايضا انه قال يجب عليه ارش ما بقى
من الاصابع ، وصار ما زاد من الكف تابعا له ، وعليه فيما سوى ذلك من
الكف ارش .

باب العاقلة وما يحمل كل منها

- ٧٣٧٤ - وعند الفقهاء ان العاقلة تتحمل الدية عن القاتل (١) .
- ٧٣٧٥ - والعاقلة هم الذين يتحملون يقال عقلت عنه اذا تحملت عنه ، وقد كانت العاقلة تتحمل في الجاهلية فاقهرهم الشرع على ذلك وان تغيرت بعض الاحكام ، وليس بممتنع ان يتحمل ذلك عن الجاني لانه يكثر منه وفيه معنى العوض كما يجب النفقة للمفقير على الغني من اقربائه .
- ٧٣٧٦ - وتحب الدية بالقتل على القاتل ثم يتحمل عنه ذلك العاقلة .
- ٧٣٧٧ - وقال الشافعي تجب على العاقلة ابتداء .
- ٧٣٧٨ - واذا وجبت على غير القاتل فالقاتل اولى .

فصل من هم العاقلة

- ٧٣٧٩ - والعاقلة هم كل من ينتصر بهم الجاني ، وكانت العاقلة في زمن النبي صلى الله عليه وسلم وابي بكر وصدر من خلافة عمر رضي الله عنهما على القبائل ، لان النصر كانت بالقبائل ، فلما دون عمر الدواوين نقل ذلك الى اهل الديوان ، وهو امام الائمة وعظيم الخلفاء ، ولم يصب على فعله عائب ، ولا رد عليه في وقته احد ، فيجب ان يقتدى به في ذلك .

(١) العقل الدية ، وعقل القتل يعقله عقلا ودا ، وعقل عنه ادى جنايته وذلك اذا لزمته دية فاعطاها عنه ، وهذا هو الفرق بين عقلته وعقلت عنه وعقلت له .

ويقال اعتقل فلان من دم صاحبه ومن طائلته اذا اخذ العقل ، وعقلت له دم فلان اذا تركت القود للدية (لسان العرب) .

وهذا انما فعله عمر لغرض صحيح لان التناصر صار بالديوان ، فالرجل يكون بالعراق وعشيرته بالشام فاحب ان لا يبطل الدم لبعد القريب فجعله على اهل الديوان ، وقيل لاصحابنا كيف يجوز ان يترك ما فعل النبي صلى الله عليه وسلم وابو بكر وينسخ بعده ويغير حكمه ؟

فاجابوا بان ذلك كان متعلقاً بسبب وهو النصرة فتحول العقل تبعاً لذلك كالزكاة يدفعها الغني الى الفقير فلو استغنى الفقير وافقر الغني عاد الامر بالعكس فكذلك امر العاقلة^(١) .

فصل

تقسيم الدية على أهل الديوان

٧٣٨٠ - وتؤخذ منهم الدية في ثلاث سنين في كل سنة الثلث من ذلك من يوم يقضى بها القاضي .

٧٣٨١ - وقال الشافعي من يوم القتل .

٧٣٨٢ - لان الحاكم اذا اراد الزام الغير حكما ما اعتبر من يوم الحكم لا من وقت السبب الموجب له كأجل العنين .

فصل

أخذ الثلث في سنة

٧٣٨٣ - فان كان الواجب الثلث فما دون اخذ في سنة واحدة لأن

(١) من هذه المناظرة التي صورها السمناني لنا يتضح انه كان يذهب الى جواز نسخ السنن السابقة بالسنن اللاحقة في كل ما شرع لتحقيق غرض دينوي صحيح ، اذا ما تغيرت المصلحة وتطورت الروابط الاجتماعية من حال الى حال وطور الى طور وبذا سلم السمناني لولي الامر بسلطة تشريعية واسعة في حدود مراعاة المصالح المشروعة المتجددة والروابط المستجدة مع المحافظة على روح التشريع واهدافه العليا .

ما دون الثلث يدخل في الثلث على طريق التبع فلا يتأجل ، وهذا كالآمة
والهاشمة والمنقلة والموضحة •

وقال المخالف لنا ، يتأجل كل ما تحمله العاقلة •

فصل

تقسيم ما كان أكثر من الثلث

٧٣٨٤ - وما كان من ذلك أكثر من الثلث اخذ من الثلث في السنة
الاولى وما زاد الى الثلثين في سنتين وان كان المأخوذ الثلثين فصاعدا اخذ
ذلك في سنتين والزائد في الثالثة •

٧٣٨٥ - وهذا قول ابراهيم ، وهو قول اصحابنا جميعا •

فصل

كيف تستقطع الدية من الأعطيات

٧٣٨٦ - وان عجل الامام اعطيه الجند اخذ من عطاء كل واحد
ما يخصه من الثلث •

٧٣٨٧ - وقد قال الطحاوي في مختصره^(١) ان الدية تؤخذ في ثلاثة
اعطيات تأخرت أو تقدمت وان كان العطاء من سنة الى سنة ، فاذا تعجل
ذلك قبل السنة تعجل ما يجب فيه ولو كانت لهم اوراق كل شهر اخذ
بقسط ذلك من السنة في العطايا •

وان كان لهم جميع ذلك أخذ من العطايا دون الاوراق من بعد
الحكم بها •

فصل

٧٣٨٨ - ويؤخذ من كل رجل اربعة دراهم الى ما دون ذلك

(١) مختصر الطحاوي ، ص ٢٣٣ •

- ولا يزداد على ذلك •
 فان كان نصيب كل واحد من ذلك أكثر من اربعة ضم اقرب القبائل
 من اهل الديوان اليهم • وعندنا يضم البعيد الى القريب في العقل •
 ٧٣٩٠ - وقال الشافعي لا يضم الى القريب البعيد •
 ٧٣٩١ - لان التناصر يقع بالبعيد كما يقع بالقريب ، ولو لم يكن
 الامر على ما قلناه لوجب على اقرب الوارثين اليه •

فصل

هل يشترك الجاني في آداء الدية؟

- ٧٣٩٢ - ويؤدي الجاني مع اهل الديوان والعاقلة •
 ٧٣٩٣ - وقال الشافعي لا يؤدي هو شيئاً ، ولا ابنه ولا ابوه ويؤخذ
 بالعكس من هذا عندنا لان الاقرب الداني انصر واحق بالتحمل كالنفقة •

فصل

ما لا تعقله العاقلة

- ٧٣٩٤ - ولا تعقل العاقلة صلحاً ولا اعترافاً ولا عمداً ولا عبداً وبهذا
 جاء الاثر^(١) فقال ابو حنيفة ومحمد قوله ولا عبداً هو العبد يجني •
 وقال ابو يوسف هو العبد يجني عليه •

فصل

- ٧٣٩٥ - واذا قتل الحر عبداً غيره وقيمته اكثر من دية الحر خطأ
 فعلى العاقلة دية الحر الا عشرة دراهم في قول ابي حنيفة ومحمد في ثلاث
 سنين •
 ٧٣٩٦ - وقال ابو يوسف تجب قيمته بالغة ما بلغت في مال العاقل •
-
- (١) عن ابن عباس : قال رسول الله (ص) : من قتل عمداً فهو قود •

• وهو قول الشافعي •

٧٣٩٧ - وشبهوه بالاموال ، ولو كان كلاموال لما كان في عمده
قصاص ولا حملته العاقلة •

٧٣٩٨ - وللشافعي قولان في تحمله العاقلة واتفق الجميع على وجوب
الكفارة بقتله •

فصل

ما دون النفس من العبيد

٧٣٩٩ - واتفق الجميع على ما دون النفس من العبيد لا تحمله العاقلة
وان حكم ذلك حكم اتلاف المال وان كان المقتول امة وقيمتها اكثر وجب
خمس آلف لا عشرة آلف درهم •

فصل

موت العبد المفصوب

٧٤٠٠ - واتفقوا انه لو عصب عبدا فمات عنده انه يضمن قيمته بالغة
ما بلغت •

فصل

٧٤٠١ - ولو قتل عبدا فصالح المولى على اكبر من دية الحر انه يجوز
ذلك عند ابي حنيفة واصحابنا •

فصل

قطع يد العبد

٧٤٠٢ - ولو قطع يد العبد ففيها نصف قيمته عند ابي حنيفة

والشافعي لان اليد من العبد كاليد من الحر في الدية •

٧٤٠٣ - وقال ابو يوسف ومحمد يجب ما نقص منه وهو قول مالك •

٧٤٠٤ - ولو قطع يديه جميعا فالملوئ بالخيار ان شاء امسكه ولا شيء له ، وان شاء سلمه واخذ قيمته عند ابي حنيفة •

٧٤٠٥ - وقال ابو يوسف ومحمد وان شاء اخذ منه نقصان القيمة وجبني العبد لنفسه •

٧٤٠٦ - وقال الشافعي له ان يمسك العبد ويأخذ القيمة فجمع على ملكه بين البذل والمبدل فيما يصح تملكه باسباب الملك •

٧٤٠٧ - وليس في الاصول انه يجب في بعض المملوك ما يجب في جميعه •

٧٤٠٨ - وسائر الاموال في ذلك سواء فيجب حفظ هذا الاصل •

فصل

قُتل بعد القطع

٧٤٠٩ - ولو قتله انسان بعد القطع كان عليه قيمته اقطع وهذا حجة على ابي حنيفة ان له قيمة بعد القطع وقد يجوز ان يجب الشيء ثم يجب بعده امر آخر ، كمن قطع اصابع اليد وجب فيها الدية ولو قطع آخر الكف بعد ذلك فان عليه ارش ذلك •

ولو كان الاول يقطع الكف والاصابع لم يلزمه ضمان الكف •

فصل

٧٤١٠ - وقد ذكر ابو الليث في خلافه لاصحابنا في رجل قُتأ عني

عبد ثم جاء آخر فقطع يده فعلى فاقىء العينين ما نقصه وعلى قاطع اليد
نصف قيمته مفقوء العينين •

وروى ذلك ابو يوسف عن ابي حنيفة وقال انه استحسان ،
والقياس انه لا شيء على فاقىء العينين على قول ابي حنيفة خاصة •
لان تعذر دفعه الى الجاني لمكان القطع الثاني فلا يطالب بشيء •

فصل

٧٤١١ - والمسئلة مفروضة اذا قطع يدى العبد معا ، فان قطع يده ثم
برىء ثم قطع الاخرى وجب بالفعل الاول نصف قيمته صحيحا ، وبالثاني
نصف قيمته مقطوع اليد •

فصل

قطع أنف عبد

٧٤١٢ - ولو قُطع أنف عبد أو أذناه أو لحيته أو نُعل به ما تجب
به الدية كاملة في الحر فعلى الجاني ما نقصه من ذلك في قول ابي يوسف
ومحمد ، وهو رواية عن ابي حنيفة •

وروى محمد عن ابي حنيفة انه تجب القيمة ، ان سلمه المولى كما
تقدم من اصله في ذلك •

فصل

دية الجنين

٧٤١٣ - ودية الجنين تجب حاله لا مؤجلة في ثلاث سنين بخلاف
احد الوجهين لاصحاب الشافعي لانها دون الثلث فهي كاللوضة عندنا •

فصل

ضمان الجنين الميت

٧٤١٤ - ومن ضرب امرأة فالقت جنينا ميتا بعد موتها فلا ضمان فيه ، وان خرج حيا فمات وجب ضمانه ، وقال الشافعي يجب ضمانه في الوجهين جميعا •

فصل

٧٤١٥ - واتفق على انه لو القته في حال حياتها انه يضمن في الوجهين سواء خرج حيا أو ميتا • وقد اتفق الجميع انه كل ما أئبن من الميت انه لا ضمان فيه بحال من الاعضاء •

فصل

٧٤١٦ - ومن ضرب بطن امة فالقت جنينا ميتا ففيه نصف عشر قيمته ان كان ذكرا أو عشر قيمته ان كان انثى ، وقال الشافعي : يجب عشر قيمة امة ونصف عشر قيمتها •

قال اصحابنا : واذا اعتبرنا هذا ادى القول الى ان يجب بالجنين ميتا اضعاف قيمته اذا كان حيا ، لانه لو خرج حيا ثم مات لكان الواجب فيه القيمة ، ولو كانت قيمته حيا دينارا وقيمة الام الف دينارا اليس يكون الواجب فيه مائة دينارا ، وهذا اضعاف قيمته حيا •

فصل

٧٤١٧ - واتفق الجميع على انه لو ضرب بطن امرأة حرة فالقت جنينا ميتا ففيه غرة عبد أو امة وسطا أو قيمة ذلك خمسون دينارا ، وخمسون دينارا معلوم انها نصف عشر قيمة الحر فكان العبرة بقيمته في نفسه لا قيمة الغير كذلك جنين الأمة •

فصل

ضربة أذهبت السمع والبصر والعقل والشم

٧٤١٨ - ولو ضرب رجلا في رأسه فذهب منها سمعه وبصره وعقله وشمه فعليه اربع ديات •

فصل

امتحان السمع والبصر والشم

٧٤١٩ - وان اختلف الضارب والمضروب أو اولياؤه وقال انه يسمع ويبصر ويشم ، امتحن في السمع بان يصاح به على غفلة وفي النظر بان يبصره ثعبان من اطباء المسلمين فيرجع اليهم في ذلك ، وفي الشم يقرب اليه من الروائح الكريهة ما يستدل به على ذلك وينظر في وجهه •

فصل

امتحان نقصان ضوء العين الواحدة

٧٤٢٠ - وان ادعى نقصان ضوء العين الواحدة فانه يشد السليمة وينظر الى موضع ويبصر آخر ما ينظر اليه ، ثم يسد المفتوحة وينظر الى جانب آخر بالعين التي كانت مشدودة ثم يبصر آخر ما كان ينظر اليه ثم يسمح الموضعان فينظر كم يبصر من المسافة فيعطى قسط ذلك من دية العين^(١) •

(١) هذه الطريقة من طرق امتحان نقصان ضوء العين المضروبة من الطرق التي تعزى الى افضية الامام علي (ع) وقد استحسناها ابن رشد في بداية المجتهد (٣/٣٥٠) وفضلها على ما سواها من طرق الامتحان في هذا الصدد ، فقد جاء في الكتاب المذكور « وفي احسن ما قيل فيمن ضرب عين رجل فاذهب بعض بصرها ما روى من ذلك عن علي (رض) انه امر بالذي اصيب بصره بان عصبت عينه الصحيحة ، واعطى رجلا بيضة فانطلق بها

←

باب ما تجب به الدية من الأسباب

٧٤٢١ - ومن وضع حجراً في الطريق فمطب به انسان أو حفر بشراً
فوقع فيها انسان أو اشرع جناحاً فسقط فمطب به انسان ففي كل شيء من
ذلك الدية •

فصل

٧٤٢٢ - وليس في شيء من ذلك كفارة لانه لم يباشر القتل •

فصل

٧٤٢٣ - ويرث من لحقته هذه الجناية ان كان وارثه •
٧٤٢٤ - وقال بعض اصحاب الشافعي لا يرث لأنه كالقاتل خطأ •
٧٤٢٥ - ومنهم من قال تجب الكفارة ايضاً في ذلك •

فصل

موت الواقع في البئر غماً أو جوعاً

٧٤٢٦ - وان مات الواقع في البئر جوعاً أو غماً فإن ابا يوسف روى
عن ابي حنيفة انه لا شيء على الحافر لانه لم يمت بالوقوع •
٧٤٢٧ - وقال ابو يوسف عن نفسه ، ان مات غماً ضمن ، وان مات

→

وهو ينظر اليها حتى لم يبصرها فخط عند اول ذلك خطأ في الارض ، ثم
امر بعينه المصابة فعصبت وفتحت الصحيحة ، واعطى رجلاً البيضة بعينها
فانطلق بها وهو ينظر اليها حتى خفيت عنه ، فخط ايضاً عند اول ما خفيت
عنه في الارض خطأ ، ثم علم ما بين الخطئين من المسافة ، وعلم مقدار ذلك
من منتهى رؤية العين الصحيحة ، فاعطاه قدر ذلك من الدية ، وفي هذا
دلالة على ان مذهب الامام على عدم تقييد القاضي بأدلة اثبات محددة
سلفاً •

جوعاً لم يضمن .

٧٤٢٨ - وقال محمد يضمن في الوجهين جميعاً لأن الوقوع سبب الغم والجوع .

فصل

تعلق الواقع في البئر

٧٤٢٩ - ولو ان الواقع في البئر تعلق برجل آخر وتعلق الثاني بثالث فوقوا جميعاً في البئر وماتوا ولا يدري حال موتهم ففي ذلك قياس واستحسان .

القياس ان دية الاول على الحافر ودية الثاني على الاول ودية الثالث على الثاني وهو قول محمد . والاستحسان ان دية الاول تجب على الحافر ثلثها وثلثها على الثاني وثلثها هدرآ . ودية الثاني يجب نصفها على الاول ونصفها هدر . ودية الثالث على الثاني وكل ذلك على العاقلة .

فصل

اختلاف الحافر وورثة الميت

٧٤٣٠ - واذا اختلف الحافر وورثة الميت الواقع فقال الحافر هو القى نفسه متعمداً ، وقال الورثة بل سقط هو فيها من غير عمد فكان ابو يوسف يقول القول قول الورثة ، وعلى الحافر الضمان لان الظاهر ان الانسان لا يفعل بنفسه هذا ، فالظاهر مع الورثة ، ثم رجع فقال القول قول الحافر ولا ضمان عليه لان الاصل براءة الذمة وطريق شغلها انما هو الشرع ، ولا دليل يدل على ذلك ، وهو المدعى عليه الضمان .

فصل

عطب بحصيرة أو قنديل في مسجد الخ

٧٤٣١ - ومن سبط حصيرة في مسجد أو علق فيه قنديلاً وجلس

فيه للحديث فعطب بذلك انسان فان كان من اهل المسجد فلا ضمان عليه
وان كان من غير اهل المسجد فعليه الضمان في قول ابي حنيفة وفي قول
ابي يوسف ومحمد لا ضمان عليه اذا كان المسجد عاماً •

فصل

٧٤٣٢ - واتفقوا على انه لو بني فيه دكة أو حفر بئراً انه يضمن
في قولهم جميعاً ما عطب بذلك •

فصل

٧٤٣٣ - واتفقوا على انه ان كان من اهل المسجد انه لا ضمان عليه
في قولهم جميعاً •

فصل

القاتل لا يرث

٧٤٣٤ - والقاتل لا يرث باجماع سواء كان بما يجب به قصاص أو لا •

فصل

٧٤٣٥ - وقاتل الخطأ لا يرث اذا باشر القتل ويرث اذا لم يباشر •

٧٤٣٦ - وقال الشافعي لا يرث في الوجهين •

٧٤٣٧ - ومن الفقهاء من قال يرث بكل حال اذا كان القتل خطأ •

٧٤٣٨ - وقال مالك يرث من المال ولا يرث من الدية والارث

لا يتبعض في حق الوارث في الاصول والعقد للمذهب ان كل من لزمه
الكفارة حرم الميراث •

٧٤٣٩ - ومن لا كفارة عليه يرث فاعتبر احدهما بالآخر في كل

موضع •

فصل

جرح العجماء

٧٤٤٠ - والعجماء جرحها جبار ، وهي الدابة المنفلتة^(١) .

فصل

العجماء مع سائقها

٧٤٤١ - فإن كان معها سائق ففيها العقل .

فصل

انفلات دابة بعد حلها

٧٤٤٢ - وكذلك لو حل الدابة فانفلت فحنت فاصابت من فورها
إنسانا ففيه العقل .

فصل

٧٤٤٣ - وإذا احدث يمينا وشمالا فليس في ذلك شيء لأنها زالت

(١) ان قاعدة جرح العجماء جبار ورد بها اثر ثابت عن النبي (ص)
وقد اختلف الفقهاء في مدى ما ينبنى على هذا الاثر من قواعد الضمان
واكثرهم اعمالا لطلق هذا الاثر اهل الظاهر وقد ورد في بداية المجتهد في
هذا الصدد (٢/٣٤٥) :

« ومن انواع الخطا المختلف فيه اختلافهم في تضمين الراكب والسائق
والقائد . فقال الجمهور هم ضامنون لما اصابته الدابة ، واحتجوا في ذلك
بقضاء عمر على الذي اجرى فرسه فوطيء آخر بالعقل ، وقال اهل الظاهر
لا ضمان على أحد في جرح العجماء واعتمدوا الاثر الثابت فيه عنه (ص)
من حديث ابي هريرة انه قال (رض) : جرح العجماء جبار ، والبشر جبار
والمعدن جبار وفي الركاز الخمس ، فجعل الجمهور الحديث على انه اذا لم
يكن للدابة راكب ولا سائق ولا قائد ، لأنهم رأوا انه اذا اصابته الدابة
احدا وعليها راكب لها أو قائد أو سائق فإن الراكب لها أو السائق أو القائد
هو المصيب ولكن خطأ » . اهـ .

بتصرفها عن سببها الاول •

فصل

فتح باب قفص

٧٤٤٤ - وعلى هذا قال اصحابنا اذا فتح باب القفص وفيه طير ، فان طار من فوره أو بعد ذلك فلا ضمان عليه لأن له فعلا مختارا •

٧٤٤٥ - وقال الشافعي ان طار من فوره فعليه الضمان وان طار بعد ساعة فلا ضمان •

٧٤٤٦ - وقال مالك ليس عليه الضمان في الوجهين ، كما لو حل رأس الزق^(١) •

فصل

إرسال الكلب

٧٤٤٧ - والكلب اذا ارسله فهو مثل الدابة على سواء •

فصل

جناية كلب مربوط

٧٤٤٨ - ومن ربط في دار نفسه كلباً أو سبعا فجنى على انسان لم يضمن وكذلك اذا حضر في ملكه أو بنى لم يضمن ما تلف بذلك من مال أو انسان •

(١) في مجمع الضمانات (٨٤/٢) تفرقة بين كون السمن سائلا أو جامداً « فلو شق زق دهن سائل حتى سال ٠٠٠ ضمن ٠٠٠ أو فتح الزق والسمن جامد فذاب وخرج لم يضمن • وعند (م) يضمن » •

فصل

رمى حية

٧٤٤٩ - ومن رمى على غيره حية فهشته فعطب من ذلك فهو ضامن .

فصل

الرجل جبار

٧٤٥٠ - والرجل جبار^(١) ، وهي الدابة ترمح برجلها وبذلك جاءت

السنة .

فصل

المعدن جبار

٧٤٥١ - وكذلك المعدن جبار وهم القوم يحفرون فيسقط عليهم .

فصل

راكب وسائق وقائد

٧٤٥٢ - واذا كان مع الدابة سائق وقائد وعليها راكب فعطب بها

(١) ليست هذه القاعدة محل وفاق كما توهم عبارة السميناني ، فقد اختلف الفقهاء في هذا الصدد وذكر ابن رشد هذا الخلاف في بداية المجتهد (٢/٣٦٦) بقوله : اختلف الجمهور فيما اصاب الدابة برجلها . فقال مالك لا شيء فيه ان لم يفعل صاحب الدابة بالدابة شيئاً يبعثها فيه على ان ترمح برجلها .

وقال الشافعي يضمن الراكب ما اصابته بيدها أو برجلها ، وبه قال ابن شبرمة وابن ابي ليلى ، وسويا بين الضمان برجلها أو بغير رجلها ، وبه قال أبو حنيفة ، الا انه استثنى الرمحة بالرجل أو بالذنب .

وربما اجتنب من لم يضمن رجل الدابة بما روى عنه (ص) الرجل جبار ، ولم يصح هذا الحديث عند الشافعي . اهـ .

انسان فالدية عليهم اثلاثا وعلى الراكب الكفارة •

فصل

سقوط النائم

٧٤٥٣ - والنائم اذا سقط على انسان فقتله فهو بمنزلة قاتل الخطأ •

فصل

سقوط رجل من حائط

٧٤٥٤ - وان سقط رجل من حائطه على احد في الطريق فمطبا جميعا

فدية الاسفل على الاعلى بكل حال ودية الاعلى اذا كان الرجل يمشي
فهدر ، وان كان جالسا في الطريق فعليه الدية •

باب جناية الرقيق

الدفع بالجناية أو الفداء

٧٤٥٥ - ومن جنى من العبيد جناية تبلغ النفس أو ما دونها فإنه يقال للمولى ، ادفعه بالجناية و افده بأرشها ، وكذا روى عن علي بن أبي طالب رضى الله عنه ، وهو قول الشعبي وأبراهيم .

٧٤٥٦ - وقال الشافعي ، المولى بالخيار ان شاء فذاه وان شاء سلمه لبيع في الجناية ، فان فذاه فيما يفديه فيه قولان ، أحدهما يفديه بأقل الأمرين من قيمته ومن أرش الجناية ، والثاني يفديه بأرش الجناية بالما ما بلغ ، لانه اذا اختار الفداء وجب عليه أرش الجناية ، لانه مستحقه عليه .

فصل

جناية المدبر وأم الولد

٧٤٥٧ - وأما جناية المدبر وأم الولد فان المولى يجب عليه الأقل من قيمة المدبر وأم الولد وأرش الجناية ، ولا يجوز له الدفع ، لان نقل الملك فيهما لا يجوز ، وهذا في قتل الخطأ ، فأما العمد فإنه يسلم حتى يقتض منه .

فصل

٧٤٥٨ - وان جنت أم الولد مرارا فليس على المولى الا قيمة واحدة وكذلك المدبر .

٧٤٥٩ - وقال الشافعي في أحد قوله يفديها بجنيتها دفعة أخرى وثالثة وكذلك أبدا وفي الآخر مثل قولنا يشارك الثاني ، الاول وكذلك الثالث يشارك الاول والثاني وكذلك أبدا .

٧٤٦٠ - لانه بالتدبير والاستيلاء منع الدفع وأتلف القيمة فلا يلزمه أكثر من قيمة واحدة .

فصل

سعاية المكاتب في جنائته

٧٤٦١ - وجناية المكاتب في ماله يسمى فيها بالغاً ما بلغت •

فصل

موت العبد الجاني

٧٤٦٢ - وإذا مات العبد بطلت جنائته ، ولا يضمن المولى ذلك لانه لم يتعين عليه القيمة •

فصل

موت أم الولد والمدبر الجائنين

٧٤٦٣ - وجناية أم الولد والمدبر لا تبطل بموتهما •

والمولى يؤدي ذلك لانه منع من التسلم في الحياة ، فهو كما لو اختار العبد اذا اعتقه أو باعه بعد العلم بالجنابة فانه يصير مختاراً للجنابة •
وان كانوا قد قالوا انه لو وطئ أو استخدم الجارية انه لا يكون مختاراً •

٧٤٦٤ - وروى عن ابي يوسف في الوطئ انه يكون مختاراً ولو رهنه أو اجره لم يكن مختاراً •

فصل

٧٤٦٥ - والعبد اذا قتل دابة أو استهلك مالا فانه يباع في ذلك الا ان يفديه المولى •

فصل

٧٤٦٦ - ولو فعل ذلك مدبر أو ولد سعيائيه ، وكذلك المكاتب يسمى •

فصل

إقرار الرقيق بجناية خطأ

٧٤٦٧ - وكل رقيق من الرجال والنساء اذا اقر بجناية خطأ فانها لا تلزم مولاه وتلزمه اذا عتق الا المكاتب فانه تلزمه السعاية .

فصل

٧٤٦٨ - فان كانت نفسا فقضى عليه بها ثم مات فقد صارت ديناً يبدأ بها قبل مال الكتابة ولو لم يقض بها حتى مات بطلت في قول بعض فقهاءنا .

٧٤٦٩ - وقال ابو حنيفة تبطل وان قضى بها لان اصلها كان باقرار المكاتب ، واققراره لا يقبل على مولاه .

فصل

القيمة يوم الجناية

٧٤٧٠ - وكل جناية تلزم العبد فالمعتبر بالقيمة يوم الجناية لا يوم الحكم بها ولا الدفع لانها سبب الوجوب عليه ، مثل قيمة الرهن يوم التسليم والغصب يوم القبض كذلك هذا .

باب القسامة (١)

الأثر الوارد فيها

٧٤٧١ - روى سهل بن حشم عن رجال كبراء من قومه ان عبدالله ابن سهل ومُحيصة [بن مسعود] خرجا الى خيبر من جهد اصابهما فوجد محيصة عبدالله بن سهل قد قتل والقي في عقير (قعير بئر) أو عين ، فقال محيصة لليهود انتم قتلتموه فانكروا ذلك فجاء الى النبي صلى الله عليه

(١) جاء في سبيل السلام (٢٥٣/٣) « القسامة لغة مصدر اقسام قسما وقسامة وهي الايمان تقسم على اولياء القتيل اذا ادعو الدم أو على المدعى عليهم الدم ، وخص القسم على الدم بالقسامة . قال امام الحرمين : القسامة عند اهل اللغة اسم للقوم الذين يقسمون ، وعند الفقهاء اسم تلايمان .

وفي القاموس : القسامة : الجماعة يقسمون على الشيء ويأخذونه ، أو يشهدون .

وفي الضياء : القسامة الايمان تقسم على خمسين رجلا من اهل البلد أو القرية التي يوجد فيها القتيل ، لا يعلم قاتله ، ولا يدعى اولياؤه قتله على أحد بعينه . اهـ .

والقسامة نظام عرفي قديم من نظم المسؤولية الجنائية الجمعية ، كان معروفا لدى الشعوب السامية وفي جاهلية العرب (سبيل السلام ٢٥٦/٣) وبموجب هذا النظام اذا وجد قتيل في موضع ولم يثبت قاتله وظن ان اهل ذلك الموضوع قتلوه حلف خمسون رجلا من هؤلاء خمسين عينا بالله ما قتلنا ولا علمنا قاتلا ، فمن حلف منهم برىء ومن لم يحلف فعليه بقسطه في العدد من الدية .

ولم يجمع فقهاء المسلمين على جواز الحكم بالقسامة في الاسلام ومع ذلك فقد ذهب جمهور الفقهاء الى وجوب الحكم بالقسامة على الجملة فذهب الى ذلك مالك والشافعي وابو حنيفة واحمد وسفيان وداود واصحابهم وغير ذلك من فقهاء الامصار ، وقالت طائفة من العلماء : سالم بن عبدالله وابو قلابة وعمر بن عبدالعزيز وابن علي لا يجوز الحكم بها . (بداية المجتهد ٣٠٤/٢) .

وسلم ومعه حُوَيْصَة وهو اكبر منه وعبدالرحمن بن سهل فابتدأ محيصة يتكلم ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : الكير الكبير [وفي رواية كَبَّرَ كَبَّرَ يريد السن] •

فتكلم حويصة ثم محيصة وعبدالرحمن فكتب رسول الله صلى الله عليه وسلم الى اليهود : اما ان تدوا صاحبكم واما ان تأذنوا بحرب ، فكتبوا يحلفون ما قتلناه •

فقال النبي صلى الله عليه وسلم احويصة ومحيصة وعبدالرحمن أتخلفون وتشحقون دم صاحبكم ؟ فقالوا : كيف نحلف ولم نر ولم نشاهد : قال : فيحلف من اليهود خمسون [وفي رواية : فيحلف لكم يهود] • قالوا : اذن يحلفون يا رسول الله •

فواذه النبي صلى الله عليه وسلم من عنده [فبعث اليهم مائة فاقة] (١) •

فصل

دلالة الخبر

٧٤٧٢ - وقد دل هذا الخبر على وجوه كثيرة منها جواز استماع اقوال المدعي مع غيبه الخصم ، ومنها تقديم النبي صلى الله عليه وسلم الكبير على الصغير في الكلام •

فصل

٧٤٧٣ - ومنها جواز المكاتبة الى المدعي عليه واستعلام ما يدعى عليه

من جهته •

(١) افضية رسول الله ، للقرطبي ، ص ٩ - ١١ •

وسبل السلام ٢٥٣/٣ - ٢٥٤ ، وفيها ان هذا الحديث اصل كبير في ثبوت القسامة عند القائلين بها ، وهم الجماهير •

فصل

٧٤٧٤ - ومنها انه يجوز ان يهدد المدعي عليه لانه قال ، اما ان تدوا صاحبكم أو تأذنوا بحرب •

فصل

٧٤٧٥ - ومنها جواز قبول قول المدعي عليه وسماع انكاره مع الغيبة •

فصل

٧٤٧٦ - ومنها قول النبي عليه السلام تحلفون للمدعين القتل وان هذا حكم يخالف حكم الاموال •

فصل

٧٤٧٧ - ومنها ان المدعي لا يجوز ان يحلف مع عدم العلم ، ولا يشهد الانسان بما لم ير •

فصل

٧٤٧٨ - ومن ذلك انه قال ، فيحلف من اليهود (خمسون) •

فصل

٧٤٧٩ - ومنها ان الذي يحلف خمسون رجلا •

فصل

٧٤٨٠ - ومنها جواز الطعن على المدعي عليه لانه لم ينكر عليهم ما قالوا •

فصل

٧٤٨١ - ومنها جواز دفع الدية من غير المدعي عليهم بل من بيت المال •

ففي هذا الخبر هذه الوجوه كلها من الفقه •

فصل

القسامة في الجاهلية

٧٤٨٢ - وقد روى عن سعيد بن المسيب ان القسامة كانت في الجاهلية فاقرها النبي صلى الله عليه وسلم في قتل من الأنصار وجد في جهة اليهود ، قال فبدأ النبي صلى الله عليه وسلم فكلفهم قسامة خمسين فقالت اليهود لا تحلف فقال النبي صلى الله عليه وسلم اتحلقون فابت الأنصار ان تحلف فاعزم اليهود دية لانه قتل بين أظهرهم • هذا الحديث يضاد الاول وينافيه لانه حكى انه بدأ بالمدعي عليهم وكلفهم القسامة وغرم اليهود الدية •

٧٤٨٣ - وسعيد بن المسيب قاضي المدينة والعالم بالبصرة وقد خالف الخبر الاول ، واذا اختلفت الرواية نظرا الى ما يوافق الأصول من الأخبار •

فصل

اللوث

٧٤٨٤ - وقد قال مالك أن المدعين اذا حلفوا قتلوا ، وقال الشافعي بل لهم الدية .

٧٤٨٥ - وقال مالك لا تجب القسامة حتى يقول المقتول دمي عند فلان أو يأتي بلوث^(١) من بيته ، وبه قال الشافعي في اللوث •

(١) اللوث لغة الطي واللي والشر والجراحات والمطالبات بالاحقصاد وتمريغ اللقمة في الإهالة ، وعند الشافعي اللوث شبه الدلالة ولا يكون بينه تامة ، وفي القسامة ذكر اللوث وهو ان يشهد شاهد واحد على اقرار

←

٧٤٨٦ - وليس في الخبرين جميعا ذكر لوث من بينة ولا من غيرها ،
والدم يجب فيه الاحتياط ويدراً بالشبه .

فصل

قتيل في محلة

٧٤٨٧ - وإذا وجد القتل في محلة قوم [لا أثر] به من دم سائل
فانه لا قسامة فيه [ولا دية]^(١) .

٧٤٨٨ - وقال الشافعي فيه القسامة .

٧٤٨٩ - لانه يحتمل ان يكون قد مات فجأة فلا تجب القسامة
بالشك .

فصل

٧٤٩٠ - وإذا كان في المحلة اقل من خمسين كررت عليهم الايمان
حتى يحلفوا خمسين يمينا عند اصحابنا .

المقتول قبل ان يموت ان قلنا قتلني أو يشهد شاهدان على عداوة بينهما أو
تهديد منه له أو نحو من ذلك (لغة العرب) .
وجاء في سبل السلام (٢٥٤/٣) « لا تثبت القسامة بمجرد دعوى
القتل على المدعى عليهم من دون شبهة اجماعا .
وقد روى عن الاوزاعي وداود ثبوتها من غير شبهة ولا دليل لهما .
واختلف العلماء في الشبهة التي تثبت القسامة : فمنهم من جعل الشبهة
اللوث : وهو كما في النهاية ان يشهد شاهد واحد على اقرار المقتول قبل
ان يموت ان قلنا قتلني ، أو يشهد شاهدان على عداوة بينهما أو تهديد له
منه أو نحو ذلك ، ومن اللوث التلطنح .
ومنهم من لم يشترطه كالهادي والحنفية فانهم قالوا وجود الميت
وبه اثر القتل في محل يختص بمحصولين تثبت به القسامة عندهم اذا لم
يدع المدعى على غيره » . أه .

(١) صوبنا العبارة بالرجوع الى مختصر الطحاوي ، ص ٢٤٧ .

٧٤٩١ - وقد قال الشافعي اذا لم يكن هناك لوث هل تكرر الايمان
أو تكون يميناً واحدة ؟ على قولين احدهما تكرر والثاني تكفي يمين واحدة
وهو قولنا اذا لم يكن به ارش •

فصل

٧٤٩٢ - واذا كانوا اكثر من خمسين فالمولى يختار منهم خمسين
فيحلفهم •

فصل

من لا يحلف في القسامة

٧٤٩٣ - ولا تحلف النساء ولا من لا يلزمه عقل عندنا •

فصل

متى تكون الدية في بيت المال

٧٤٩٤ - واذا اصاب في فلاة من الارض مقتولا فديته في بيت المال ،
وكذلك اذا وجد في سوق العامة ووسط الفرات والماء يحمله فديته في بيت
المال^(١) •

فصل

٧٤٩٥ - وان اصاب بين قريتين فالايامن والعقل على اقرب القريتين
اليه وبهذا حكم عمر^(٢) •

(١) يلاحظ ان خزانة الفقه لأبي الليث السمرقندي (ص ٣٦٧)
جاء فيها انه : « ان وجد في وسط الفرات يجرى به الماء فهو هدر » •
وقد وردت هذه العبارة بعينها في الهداية في باب القسامة •

(٢) في مسند أبي شيبه واقضية الرسول لابن فرج المالكي (ص ١٢)
ان الرسول (ص) هو اول من الزم اقرب القريتين بدم القتل •

فصل

٧٤٩٦ - وإذا اختلفوا فلي العاقلة الدية •

فصل

٧٤٩٧ - ويعقل اهل المحلة مع عاقلتهم •

فصل

٧٤٩٨ - وتحلف العاقلة مع اهل المحلة اذا كانت العاقلة في المصر •

فصل

٧٤٩٩ - ولا يغرم كل انسان منهم الا ثلاثة دراهم أو اربعة •

فصل

٧٥٠٠ - فان لم يفو بالدية يضم اليهم اقرب القبائل حتى تتكامل الدية •

فصل

٧٥٠١ - فان لم يكن للقاتل عاقلة وكان من اهل البادية الذين لا ديوان لهم فالدية على قبيلته •

فصل

بطلان القسمة

٧٥٠٢ - وقال بعض الفقهاء ان القسامة باطلة واليمنة على المدعي واليمين على من انكر •

قال ابو موسى : وهم شواذ من الفقهاء ، وقد بينا السنة في ذلك •

فصل

قتيل في دار قبل قبضها

٧٥٠٣ - ومن اشترى داراً فلم يقبضها حتى وجد فيها قتيل قال ابو حنيفة القسامة والدية على من هي في يديه ان كانت في يد البائع فعلى البائع ، وان كانت في يد المشتري سواء كان الشراء باتاً أو فيه خيار (فعلى المشتري) .

٧٥٠٤ - وقال ابو يوسف ومحمد ، ان كان باتاً فالقسامة على المشتري والدية على عاقلة ، وان كان فيه خيار فالقسامة والدية على من صارت الدار اليه .

نوع آخر من المسائل

فصل

حفرة في دار مشتركة

٧٥٠٥ - والدار اذا كانت بين اثنين لاحدهما الثلث وللآخر الثلثان فحفر احدهما فيها بغير اذن شريكه فوقع فيها انسان كان على الحافر الدية الا مقدار لنصيب نفسه .

ولو كان بين ثلاثة نفر فحفر احدهم بغير اذن شريكه فوقع فيها انسان فعليه ثلثا الدية في قول ابي حنيفة وفي قولهما عليه نصف الدية .

فصل

التقدم إلى رب الحائط بهدمه

٧٥٠٦ - والحائط اذا كان بين جماعة فتقدم رجل الى احدهم بهدمه فلم يهدمه حتى عطب به حيوان أو انسان فعلى المتقدم اليه مقدار حصته عند ابي حنيفة وعندهما نصف الضمان .

فصل

عطب بتراب حائط

٧٥٠٧ - والحائط اذا هدم فوق انسان بترابه فعطب فعليه الضمان
عند محمد ولا ضمان عليه عند ابي يوسف •

فصل

اختياره فداء عبده

٧٥٠٨ - واذا اختار المولى فداء عبده (من) ارش الجناية وجب عليه
حالا في ماله ، وان تبدل اختياره ^(١) بعد ذلك فالجناية زائلة عن رقبة العبد
باختيار المولى •

٧٥٠٩ - وقال أبو يوسف اذا لم يكن له مال سوى العبد فاختياره
باطل والمال في رقبة العبد حتى يستوفى وقال محمد الاختيار جائز معسرا
كان أو موسرا ، ويكون ذلك في رقبة العبد ديناً لولى الجناية •

٧٥١٠ - وفي كتاب الجنایات مسائل كثيرة وفروع مشبهة والذي
ذكرناه هو ما يجوز ان يقع ويتفق دون النادر •

ولما كان قتال اهل البغي يجوز في حالة ويحرم في اخرى ، وهو
شبيه بالجنایات اذا حرم وبالمباحات اذا احل وجب ان تذكره بعد ذلك
ونبين حكم قتالهم وهل تجب دية ام لا تجب ؟

(١) كذا في نسخة المعهد « ان ثبت اعساره » •

كتاب قتال أهل البغي وهذا كتاب أهل البغي^(١) فصل

الدليل على أحكام أهل البغي

٧٥١١ - قال الله تعالى : (وإن طائفتان من المؤمنين أقتلوا فاصلحوا بينهما ، فإن بقت إحداهما على الأخرى فقاتلوا التي تبغي حتى تفيء إلى أمر الله ، فإن فاءت فاصلحوا بينهما بالعدل وأقسطوا ، إن الله يحب المقسطين ، إنما المؤمنون أخوة فاصلحوا بين أؤخويكم)^(٢) الآية .

فصل (دلالة الآية)

٧٥١٢ - فأمر بقتال الباغية ، ونهى عن القتال بعد الفيتة والرجوع ، ولم يسلب الجميع اسم الإيمان ، وأمر أهل الجبل والعقد بالسعي إليها بالصلح .

والآية تبدل على قتال مستقبل لأنها بلفظة (إن) التي لا تصلح للماضي وهي شرط وجواب الشرط فاصلحوا .
٧٥١٣ - وقد قاتل أبو بكر المرتدين وبه عرف حكمهم ، وضرب عمر الدواوين وبه عرف حكم ذلك ، والخراج ، وعرف بقتل عثمان رضى الله عنه حكم الفترة وما يفعل إذا عدم الامام .

وعرف بعلي رضى الله عنه قتال أهل البغي ، وكيف يفعل بهم ، وهذا الذي أشار إليه النبي صلى الله عليه وسلم بقوله (عليكم يستي وسنة الخلفاء الراشدين المهديين من بعدي فعضوا عليها بالنواجذ)^(٣) فيجب أن

(١) في سبيل السلام : البغي مصدر بغى عليه بغيا علا وظلم وعدل عن الحق وله معان كثيرة .
(٢) الحجرات ٤٩/٩ .
(٣) سنن ابن ماجه ١٦/١ رقم الحديث ٤٢ .

يفعل ما فعل كل واحد منهم ، ويقتدى به كما امر الرسول عليه السلام وقد ذكر ابو روف الهمداني^(١) عن اكثر من عشرين رجلا ممن ادرك ذلك ان عليا رضى عنه قال للأشتر يوم الجمل وقد قتل واجهز على الجرحى ، ليس الامر كذلك ، ليس القوم بكفار وانما قاتلناهم بغيرهم علينا فلا تبعن مدبرا ولا تجهزن على جريح^(٢) .

فقال يزيد بن قيس الهمداني وهو حاضر ايكما يرضى ان تكون صاحبة الفسطاط الاحمر في قسمه ؟ يعنى عائشة فسكت الاشتر .

فصل

الخوارج^(٣)

٧٥١٤ - والخوارج هم كل فرقة اظهرت رأياً ودعت اليه وقاتلت عليه وصار لهم شوكة منيعة وبقعة معينة وشهرة السلاح على الجماعة .

٧٥١٥ - فالامام المفترض الطاعة يدعو هؤلاء الى الرجوع ويسألها عما دعت اليه ويحل شبهتها ان كان لها شبهة ، فاذا انصفهم وازال ما يدعون اليه وهم ممتنعون في الدخول تحت طاعته والرجوع الى الجماعة فحينئذ يجب حربهم وقتالهم .

٧٥١٦ - واذا قاتل الامام الفئة الباغية وهزمها فانها ان كان لها فئة يرجعون اليها ومعقلا يتحصنون به فانه يتبع المدبر ويجهز على الجريح

(١) كذا والظاهر ان صوابه ابو فروة الهمداني عروة بن الحارث من الطبقة الثالثة في اهل الكوفة كما ذكره ابن سعد في الطبقات الكبرى ٣٢٩/٦ .

(٢) قريب من هذا ما جاء في نيل الاوطار (ج ٧ ص ١٩١) : « عن مروان بن الحكم قال : صرخ صارخ لعلي يوم الجمل : لا يقتلن مدبر ، ولا يذف على جريح ، ومن اغلق بابه فهو آمن ، ومن القى السلاح فهو آمن » رواه سعيد بن منصور . وانظر تاريخ الطبري ، ج ٤ ص ٥٤١ .

(٣) يطلق على الخوارج مصطلح المجاريين على التأويل ، (كما في بداية المجتهد ٣٨٠/٢) .

ويقتل الأسير عند اصحابنا •

٧٥١٧ - وان كانوا بخلاف هذه الحالة لا شوكة لهم قوية ولا بقعة منيعة ولا ردة^(١) يلجأون اليه فانه لا يجهز على جريح ولا يقتل أسيرا ولا يتبع مدبرا عملا بما ذكرنا من الخبر في ذلك •

فصل

حبس سلاحهم

٧٥١٨ - وما اخذنا من مال أو سلاح أو كراع أو غيره من الاموال فان كل ذلك يحبس حتى تنقضي الحرب أو يقتلوا أو يرجعوا ثم يرد ذلك كله على اربابه ولا يخمس عندنا ذلك ولا يملك •

فصل

٧٥١٩ - وقد قال ابن شبرمة وابن ابي ليلى والحسن بن صالح يخمس ذلك كله •

٧٥٢٠ - وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم (لا يحل مال امرئ مسلم الا بطيب نفس منه)^(٢) •

٧٥٢١ - ولأن امير المؤمنين عليا رضى الله عنه لم يخمس اموال الخوارج ، وفعله هو الاصل في هذا الباب •

(١) الردء الناصر والعون ج • ارداء •

(٢) نيل الاوطار ، ج ٥ ص ٣٥٥ « عن أنس ان النبي (ص) قال : لا يحل مال امرئ مسلم الا بطيب نفسه • رواه الدارقطني ، وعمومه حجة في الساحة الغصب يبنى عليها ، والعين تتغير صفتها انها لا تملك •

فصل

لا ضمان على ما أتلّفه المتحاربون في حرب البغاة

٧٥٢٢ - وما أتلّفوا علينا من مال أو نفس أو اتلفنا عليهم من ذلك فلا ضمان على أحد الفريقين لصاحبه .

٧٥٢٣ - وقال الشافعي يجب الضمان في أحد قوليّه لأنهم باينوا الجماعة داراً وحرباً فهم كأهل الحرب .

فصل

بيع سلاح ذوي الفئة

٧٥٢٤ - وما دامت لهم فئة يرجعون إليها فإن سلاحهم وكراعهم يباع ويحفظ منه إلى أن تقضي الحرب ثم يرد عليهم .

فصل

استعمال سلاح ذوي الفئة

٧٥٢٥ - وإن احتج إلى ذلك السلاح فلا بأس باستعماله مع الحاجة إليه ، ولا يجوز مع عدم الحاجة .

فصل

هل يصلى على قتلى أهل البغي؟

٧٥٢٦ - وقال أصحابنا ، لا يصلى على من مات منهم أو قتل .

٧٥٢٧ - وقال الشافعي يصلى عليهم ، وجعل أصحابنا ذلك كأهل الحرب .

فصل

الصلاة على قتلى أهل البغي

٧٥٢٨ - واجمع الفريقان على أنهم يدفنون ولا تحمل رؤسهم إلى

غير البلد الذي قتلوا فيه ، لان في ذلك مُثْلَةٌ ، وقد نهى عنه الانمة الراشدون .

فصل

قتل الأب المشرك

٧٥٢٩ - وقد كره اصحابنا ان يتعهد^(١) الولد المسلم قتل ابيه المشرك أو الباغي لان النبي صلى الله عليه وسلم نهى حنظلة بن ابي عامر^(٢) عن قتل والده وقالوا لا بأس ان يبدأ بقتل اخيه لان حرمة الاب اعظم ، وقد قال تعالى : (وان جاهدك على ان تشرك بي ما ليس لك به علم فلا تطعهما وصاحبهما في الدنيا معروفا)^(٣) .

فصل

العادل يرث

٧٥٣٠ - والعادل يرث الباغي اذا مات أو قتل .

فصل

٧٥٣١ - واختلف في الباغي هل يرث العادل اذا قتله ؟ فقال ابو حنيفة ومحمد ان قال قتله وانا على حق ورث . وقال ابو يوسف لا يرث الباغي من العادل اذا قتله في كل حال .

(١) في نسخة تونس : ان يعتمد .

(٢) حنظلة بن ابي عامر ، واسم ابيه عامر عمرو بن صيفي بن زيد الاوسي الانصاري ، كان ابوه عامر يعرف في الجاهلية بالراهب ، وقد حسد الرسول واصر النفاق فخرج الى مكة ثم قدم مع قريش يوم أحد معاربا فسماه رسول الله (ص) الفاسق واقام بمكة فلما فتحت هرب الى هرقل والروم فمات هناك كافرا ، واما حنظلة ابنه فهو من سادات المسلمين وفضلائهم وهو المعروف بغسيل الملائكة ، قتل يوم أحد (اسد الغابة ج ٢ ، ص ٥٩ - ٦٠ ، وتاريخ الطبري ج ٢ ص ٥١٢ و ٥٢١ - ٥٢٢) .

(٣) لقمان (٣١/١٥) .

فصل

ضمان ما أتلّف الباغي قبل خروجه

٧٥٣٢ - وما أتلّفوا علينا أو اتلفنا عليهم من الاموال والرقيق والحيوان قبل خروجهم فهو مضمون على من فعله ، ويؤخذ به بعد ان ينقضوا ويقضى به لكل واحد على الآخر •

فصل

أنظار البغاة

٧٥٣٣ - وقال اصحابنا ليس للامام ان ينفو عن قتالهم ولا يصالهم على مال يأخذه منهم وجعل يجعله عليهم حتى ينظروا لانهم ليسوا بكفار فيقروا بالجزية •

وقد سئل علي بن ابي طالب رضى الله عنه ، عنهم أكفار هم ؟ فقال من الكفر هربوا • فقبل ائناقون هم ؟

فقال : ان المنافقين لا يذكرون الله الا قليلاً • فقيل له ما هم ؟ فقال اخواننا بغوا علينا بالامس فنصرنا عليهم • وانما يفعل بهم ذلك حتى لا يكبروا ويعظم امرهم •

فصل

٧٥٣٤ - وجملة القول ان هذا امر اليوم كالمأيوس منه ، ولو شاهد اهل العلم ومن صنف الكتب في الفقه ما شاهد لعلموا ان هذا انما كان في غير هذا الزمان ، ونحن نرى اليوم الخوارج في كل بلد وكل انسان يفعل ما يرى من غير جامع يجمع شمل المسلمين ويمز الدين (١) •

(١) هذه الملاحظة دليل على واقعية السمناني في استنباط الاحكام المناسبة لكل زمان ، وعدم اصراره على التمسك بالقواعد التي لم تعد تلائم

←

فصل

طلب الباغي الأمان

٧٥٣٥ - ولو ان العادل اراد قتل الباغي في الحرب فالقى سلاحه وطلب الامان فانه لا يقتله وان طلب ذلك والسلاح معه فله قتله •

فصل

قضاة الخوارج

٧٥٣٦ - وقال اصحابنا لو ان رجلا من اهل العدل ولاء الخوارج حكما على مدينتهم فحكم بنحد أو قصاص أو طلاق أو نكاح أو شيء مما يحكم به الاحكام جاز ذلك كله ، وليس ينبغي له اذا قدر على ذلك الا يقيمه اذا كانوا قد سلموا ذلك اليه ، لانه يجري فعله مجرى الامر بالمعروف والنهي عن المنكر اذا قدر على ازالته •

فصل

لا يستعان بأهل الشرك على الخوارج

٧٥٣٧ - وليس له ان يستعين بأهل الشرك على الخوارج اذا كان الشرك هو الغالب لانا لا نأمن منهم الفتك في الجميع •



مشاكل العصر وضرورة التفرقة بين ما هو مدون في كتب الفقه من القواعد التقليدية وما تمس الحاجة والضرورات الى استنباطه من القواعد والقواعد التي صاغها الفقه في معاملة المنشقين على الدولة بتأويل وضعت بالاستناد الى سيرة الامام علي في الخوارج في عصر متقدم فلم تعد تصلح للقضاء على الفتن في عصور لاحقة شاعت فيها الثورات وشق عصا الطاعة على دول الخلافة والرغبة في الانفصال • وهكذا يصرح السمناني في اكثر من موضع بضرورة تجديد قواعد الفقه واستنباط ما يلزم كل عصر من الاحكام لئلا يصح الفقه مجموعة من القواعد التي لا تصلح في التطبيق ولا ظل لها في غير دفاتر الفقهاء •

فصل

حد الخوارج

٧٥٣٨ - وليس الحكم في الواحد والاثني والجماعة التي (هي) غير ممتنعة بدار من الخوارج هذا الحكم الذي ذكرناه ، هؤلاء تقام عليهم الحدود كلها ويضمنون ما اتلفوا أو اتلف عليهم كسائر الناس من اهل العدل ، ولو جوزنا ذلك لكان كل فرقة من المسلمين من اهل المذاهب المختلفين والعشائر المتضادين يفعل مثل ذلك ، وليس هذا قولاً لاحد من المسلمين واهل العلم والدين .

فصل

(الحرابة والصوصية)^(١)

الصوص

٧٥٣٩ - والصوص اذا كان نهم منعة وشوكة فاتلفوا الاموال والنفوس ثم قدرنا عليهم فانه تقام فيهم الحدود وتستوفى الحقوق ويضمنون الاموال التي اتلفوا ويستوفى القصاص منهم في النفس والطرف ، وليس هم في هذه الاحكام كالخوارج المتأولين للقتال والداعين الى مقالة ذكروها ودلوا بالسنة عليها ، هؤلاء كاهل الحرب واؤلئك كفساق اهل العدل .

(١) الاصل في الحرابة قوله تعالى « انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الارض فسادا ان يقتلوا أو يصلبوا أو تقطع ايديهم وارجلهم من خلاف ، أو ينفوا من الأرض ، ذلك لهم خزي في الدنيا ولهم في الآخرة عذاب عظيم الا الذين تابوا من قبل ان تقدروا عليهم » (المائدة) . وقد عرف ابن رشد المتفق عليه من معنى الحرابة بقوله في بداية المجتهد (٣٧٧/٢) .

اما الحرابة فاتفقوا على انها اشهار السلاح وقطع السبيل خارج مصر ، واختلفوا فيمن حارب داخل مصر . فقال مالك دخل مصر وخارجه

←

فصل

اللص المكابر

٧٥٤٠ - وكان اصحابنا يرون ان اللص اذا دخل ليلا وكابر على اخذ المال ان قتله حلال لان الدفع عن المال كالدفع عن النفس .

فصل

٧٥٤١ - وكان ابو حنيفة لا يؤديه بالدية .

وقال غيره من اصحابنا يؤدي بالدية وجعل ذلك كالضطر الى طعام الغير انه يضمن .

فصل

دخول اللص نهاراً

٧٥٤٢ - ولو ان اللص دخل نهاراً وقتل بمصا فان ابا حنيفة قال لا يجوز قتله لان النهار يقدر فيه على المعونة ، والميل بخلاف ذلك .

فصل

٧٥٤٣ - وقال ابو يوسف ومحمد هذا والاول سواء ويجوز قتله ويؤدي لان العصا قيل تقتل كالسيف .

سواء ، واشترط الشافعي الشوكة ، وان كان لم يشترط العدد . وانما معنى الشوكة عنده من المغالبة . ولذلك يشترط فيها البعد عن العمران ، لان المغالبة انما تنبأ بالبعد من العمران . وكذلك يقول الشافعي اذا ضعف السلطان ووجدت المغالبة في المصر كانت محاربة . واما غير ذلك فهو عنده اختلاس . وقال ابو حنيفة لا تكون محاربة في المصر . اهـ .

فصل

دفن أهل البغي في مقابر المسلمين

- ٧٥٤٤ - وقد روى عن أبي يوسف أن أهل البغي يدفنون في مقابر أهل العدل ، وليس حالهم أكبر من حال الزاني المحسن والقاتل عمدا .

فصل

ما ينفذ من أحكام أهل البغي

- ٧٥٤٥ - وينفذ من أحكامهم ما ينفذ من (أحكام) أهل العدل ، ويرد ما يرد منها ، لأن لهم تأويلا إليه يذهبون .

فصل

- ٧٥٤٦ - ومن عبر بماله عليهم فآخذوا منه الزكاة فالإمام يشيها عليه لأنه دفع إلى غير من له حق الأخذ .
- ٧٥٤٧ - وقال الشافعي لا يشي عليه .

فصل

- ٧٥٤٨ - واتفق الفريقان على أنهم لو ملكوا البلاد وآخذوا ما للإمام خذه وأقاموا الحدود أنها لا تشي على أحد بعد ذلك .
- ٧٥٤٩ - وإذا قد ذكرنا حكم البغاة وحكم من ليس بباغ وجب أن نذكر حكم من يباح قتله وليس بباغ ولا عادل ، وليس هذا إلا من ارتد عن الدين وبدله .

كتاب المرتد

الآيات الواردة في الردة

وهذا كتاب المرتد (١)

٧٥٥٠ - قال الله تعالى : « يا ايها الذين آمنوا من يرتد منكم عن دينه فسوف يأتي الله بقوم يحبهم ويحبونه » (٢) الآية .
وقال : « فمن كفر بعد ذلك منكم فقد ضل سواء السبيل » (٣) .
فدلّت الآيتان على ان الردة محرم فعلها وانها تخرج الفاعل عن الدين الذي اختاره الله ورضيه .

فصل

الآثار الواردة في الردة

٧٥٥١ - وقد روى عن النبي صلى الله عليه انه قال : « من بدل دينه فاقتلوه » (٤) .
وقال (لا يحل دم امرى مسلم الا باحدى ثلاث ، كفر بعد ايمان

(١) الرد صرف الشيء ورجعه وقد ارتد وارتد عنه تحول ، وفي التنزيل « من يرتد منكم عن دينه » والاسم الردة ، ومنه الردة عن الاسلام اي الرجوع عنه ، وارتد فلان عن دينه اذا كفر بعد اسلامه .
(لسان العرب) .

(٢) المائدة (٥/٥٤) .

(٣) المائدة (٥/١٢) .

(٤) في نيل الاوطار ، ج ٧ ص ٢١٦ : عن عكرمة قال : اتى أمير المؤمنين علي (رض) بزنادقة فاحرقهم ، فبلغ ذلك ابن عباس فقال : لو كنت انا لم احرقهم ، لنهى رسول الله (ص) قال : لا تعذبوا بعذاب الله ، ولقتلتهم لقول رسول الله (ص) من بدل دينه فاقتلوه . رواه الجماعة الا مسليما ، وليس لابن ماجة فيه سوى من بدل دينه فاقتلوه .

وزنا بعد احسان وقتل نفس بغير نفس (١) •

٧٥٥٢ - واجمع الفقهاء على ان كل عاقل بالغ مكلف اذا ارتد عن الدين صحت رده ووجب قتله لاجل الردة ، وان الامام يقتله بالسيف بعد ان يفرض عليه الاسلام ، فان ابي قتل • ولا فرق بين الحر والعبد في ذلك عند الجميع •

فصل

ردة المرأة

٧٥٥٣ - وقال ابو حنيفة ومحمد ان كانت امرأة بالغة ارتدت وهي عاقلة فانها لا تقتل بالردة وتحبس وتضرب حتى ترجع الى الاسلام ، وهو قول ابي يوسف الآخر •

٧٥٥٤ - وقال ابو يوسف اولا تقتل بالردة ، وهو قول ابراهيم النخعي والشافعي ، ولو قتلت بالكفر الطارىء لكان الاصلي مثل ذلك كالرجل يقتل بهما ، والصبي لا يقتل بهما وكذلك المجنون •

فصل

ردة الصبي

٧٥٥٥ - والصبي اذا ارتد وهو يعقل الردة صحت رده ، ولا يقتل لعدم التكليف عند ابي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لا تصح رده ، وهو قول الشافعي ، واتفق اصحابنا على ان الصبي يصح اسلامه اذا كان يعقل الاسلام ، وقال الشافعي لا يصح اسلامه ، وصح منه الصلاة والصيام والطهارة والحج والعمرة فكيف صح منه الفرع ولم يصح الاصل •

(١) في نيل الاوطار (ج ٧ ص ٧) « عن عائشة : لا يحل دم امرئ مسلم الا من زنى بعد ما اخصن ، أو كفر بعد ما اسلم ، أو قتل نفسا فقتل بها ، رواه أحمد والنسائي ومسلم بمعناه •

فصل

الإستابة

٧٥٥٦ - وقال اصحابنا ان الإستابة في حق المرتد مستحبة وليست
بواجبة .

٧٥٥٧ - وللشافعي قولان أحدهما مثل قولنا ، والآخر واجبة لقوله
عليه السلام من بدل دينه فاقتلوه .

فصل

تأجيل المرتد

٧٥٥٨ - وان طلب التأجيل أجل لينظر في ذلك .

٧٥٥٩ - وقال الشافعي في أحد قوله لا يجب التأجيل .

٧٥٦٠ - وقد قال الله تعالى (وان أحد من المشركين استجارك
فأجره حتى يسمع كلام الله)^(١) .

فصل

ردة السكران

٧٥٦١ - ولا تصح ردة السكران عند اصحابنا ، والقياس ان ردة
تصح ، وهو قول الشافعي ، لان الردة تتعلق بالاعتقاد ويجب الاحتياط
في ذلك .

فصل

جحد المرتد رده

٧٥٦٢ - ولو شهد عليه بالردة وهو يجحد ذلك فذلك توبة من

(١) التوبة (٩/٦) .

الردة عندنا •

٧٥٦٣ - وقال ابن ابي ليلى لا يكون الجحود توبة وجحود الكفر
اكثر من الاقرار به والعود اليه •

فصل

المرتدة تلحق بدار الحرب

٧٥٦٤ - وما ولد في دار الحرب من الاولاد فانه يسترق •

٧٥٦٥ - وللشافعي في ذلك قولان احدهما هذا والآخر لا يسترق ،
ولم يجز استرقاق الولد لما وجب قتل الوالدين عنده واحدهما عنده^(١) •

فصل

توبة الزنديق

٧٥٦٦ - ولا تقبل توبة الزنديق^(٢) في احدى الروايتين عن
اصحابنا وقبل في الاخرى • وهو قول الشافعي ، لان الكفر يجب الانتهاء
عنه والرجوع الى الحق وان تكلف غير الظاهر •

فصل

عقود المرتد

٧٥٦٧ - والمرد عند ابي حنيفة عقوده كلها موقوفة من البيع والهبة
والعتق الا النكاح فانه باطل فان اسلم جازت وان قتل او مات أو لحق بالدار
بطلت جميعها •

٧٥٦٨ - وقال ابو يوسف عقوده جائزة كما تجوز من غيره ممن

(١) في نسخة منيخ واحدهما عندنا •

(٢) الزنديق هو القائل بالتنسية اي بوجود الاهي خير وشر
واللفظة معربة من الزند أفسنا •

يباح دمه •

٧٥٦٩ - وقال محمد يجوز تصرفه كما يجوز تصرف المريض الذي

يخاف عليه •

٧٥٧٠ - وللشافعي ثلاثة أقوال أحدهما أن ملكه موقوف مراعى ،

والثاني أن ملكه لم يزل ، والثالث أنه يزول ومن أصحابه من قال الأقوال

في نفوذ تصرفه وأما ما ملكه فباق قولاً واحداً •

فصل

كسب المرتد قبل الردة

٧٥٧١ - وما اكتسبه المرتد قبل الردة فهو لورثته من المسلمين عند

أصحابنا وما اكتسبه بعد الردة فهو فيء للمسلمين عند أبي حنيفة •

٧٥٧٢ - وقال أبو يوسف ومحمد الجميع لورثته من المسلمين •

٧٥٧٣ - وقال الشافعي الجميع فيء ولا يورث عنه لأن المسلم

لا يرث الكافر •

فصل

ما يجب على المرتد من دية

٧٥٧٤ - ولو قتل المرتد قتلاً خطأ فالدية واجبة فيما اكتسبه قبل

الردة ، ولا يجب على العاقلة منه شيء عند أبي حنيفة ذكره في الجامع

الصغير •

٧٥٧٥ - وقال في السير الكبير إنها تجب في المال الذي اكتسبه

بعد الردة •

٧٥٧٦ - وقال أبو يوسف ومحمد تجب في المالين جميعاً •

فصل

قتل عبداً وأمة مرتدين

٧٥٧٧ - ومن قتل عبداً مرتداً أو أمة مرتدة لم يجب عليه شيء في الظاهر عند اصحابنا •

٧٥٨٧ - وروى عن أبي حنيفة أنه قال يجب في الأمة القيمة ولا يجب في العبد ، لأنها لا تستحق القتل بالردة عنده •

فصل

ارتداد أهل بلدة

٧٥٧٩ - ولو أن أهل بلدة ارتدوا عن الإسلام وغلبوا عليها فأنها لا تصير دار حرب إلا بشرائط ثلاث أحدهما أن تكون متاخمة لدار الحرب متصلة بهم •

والثاني أن تجرى فيها أحكام أهل الشرك •

والثالث أن لا يبقى فيها أحد من المسلمين أو من أهل الذمة إلا بأمان من المرتدين فحينئذ تصير دار الحرب • وهذا قول أبي حنيفة •

٧٥٨٠ - وقال أبو يوسف ومحمد ، إذا جرى فيها أحكام أهل الشرك فهي دار حرب •

فصل

لحوق المرتد بدار الحرب

٧٥٨١ - والمرتد إذا لحق بالدار وقضى القاضي بذلك فإنه ينظر إلى ورثته وقت اللحوق بدار الحرب من كان من ورثته موجوداً ورث ومن مات قبل ذلك لم يرث ، وهذا قول محمد وأحدى الروایتين عن أبي حنيفة •

٧٥٨٢ - وذكر ابو يوسف في الأمالي انه ينظر الى وراثته وقت قضاء القاضي بلحقه وهو رواية عن ابي حنيفة في بعض الروايات هكذا حكى الخلاف ابو الليث في خلافة لاصحابنا في كتاب السير .

فصل

دعوة المرتد

٧٥٨٣ - ودعوة المرتد جائزة وتسير الجارية ام ولد بدعوته ولا يرث هذا الابن اباه اذا كانت الامة يهودية أو نصرانية وان كانت مسلمة وراثته مع سائر الورثة على ما تقدم من تفصيل الروايات .

فصل

ردة الذمي

٧٥٨٤ - وقد مضى في كتاب النكاح ان الذمي اذا ارتد من دين الى دين انه لا يقتل ولا يكلف الرجوع الى دينه الاول ولا الى دين الاسلام ويخلى شأنه .

فصل

هل يقضي المرتد ما فاتته من عبادة؟

٧٥٨٥ - والمرتد لا يقضي شيئاً مما تركه من العبادات في حال الاسلام أو الردة ويستأنف الحج اذا رجع ، وهذا قول اصحابنا جميعاً . وقال الشافعي يقضي ما فات .

فصل

الردة بسبب النبي

٧٥٨٦ - ومن سب النبي صلى الله عليه وسلم من المسلمين فقد ارتد ووجب عليه ما يجب على المرتد عندنا .

فصل

٧٥٨٧ - وان كان من أهل الذمة فانه يؤدب ولا يقتل ولا يكون بذلك ناقضاً للعهد .

٧٥٨٨ - وقال الشافعي يقتل ويصير ناقضاً للعهد .

٧٥٨٩ - وكتاب المرتد يدور في الكتب جميعها في الاحكام . واذا قد ذكرنا احكام المرتد وما يجب عليه وله ، فهل من قصد رجلا ليقتله هل يباح ذلك له ام لا ؟

كتاب الصول

وهذا كتاب الصول

٧٥٩٠ - والصول معنى محظور في الشرع مسقط للضمان فيمن
يصح بذله من الناس وإباحة دمه إذا أقدم على غيره .

فصل

٧٥٩١ - وقد اتفق الجميع على أن رجلاً لو شهر سلاحاً على غيره
واراد قتله وغلب في ظن المقصود بذلك أنه يريد قتله قتلته المشهور عليه
السلاح فإنه لا قصاص عليه ولا دية .

فصل

٧٥٩٢ - وإن كان الشاهر صيباً أو مجنوناً فقتله فعليه ضمان دينه
لأنه لا يصح له فعل إباحة دمه .

(١) لم يذكر السمعاني الآثار الواردة في إباحة دفع الصائل وهدر
دمه دفاعاً عن النفس والعرض والمال . وقد ورد في ذلك أحاديث عديدة
منها حديث عن أبي هريرة قال : جاء رجل فقال يا رسول الله أرأيت أن
جاء رجل يريد أخذ مالي ؟ قال فلا تعطه مالك .

قال : أرأيت أن قاتلني ؟ قال قاتله .

قال : أرأيت أن قتلني ؟ قال فانت شهيد .

قال : أرأيت أن قتلته ؟ قال : هو في النار .

ومنها « من قتل دون ماله فهو شهيد » .

ومنها « ومن أريد ماله بغير حق فقاتل فقتل فهو شهيد » .

ومنها « من قتل دون دينه فهو شهيد » ، ومن قتل دون دمه فهو شهيد
ومن قتل دون ماله فهو شهيد ، ومن قتل دون أهله فهو شهيد « (نيل الأوطار
ج ٥ ص ٣٦٦ - ٣٦٧) .

فصل

٧٥٩٣ - وقالوا للابن والعبد والذمي ان يدفع عن نفسه الاب والمولى والمسلم . وان قتل واحد من هؤلاء الآخر لم يقتل ، وذلك مضى في الجنایات .

فصل

صول حيوان لغيره

٧٥٩٤ - وقال ابو حنيفة ومحمد ، اذا صال عليه بغير لغيره أو فرس أو من الحيوان ما له قيمة فقتله دفعا عن نفسه فعليه الضمان مائة .
٧٥٩٥ - وقال أبو يوسف والشافعي لا ضمان عليه في ذلك .

فصل

الاضطرار إلى طعام غيره

٧٥٩٦ - واتفق الجميع على انه لو اضطر الى طعام غيره ان له اخذ الضمان عليه واجب لانه اتلف مال آدمي طالبا لحياة نفسه .
٧٥٩٧ - وهذا موجود في مسألتنا وقد يجوز الاقدام على الفعل ولا يسقط الضمان كمن ذبح شاة غيره وهو يعتقد انها له وكمن رمى صيدا فاصاب انسانا فقتله .

فصل

صول الصيد في الحرم

٧٥٩٨ - ولو صال عليه الصيد في الحرم أو الاحرام فقتله فلا جزاء عليه عندنا . وقال زفر عليه الجزاء كما لو اضطر الى قتله للحاجة .

فصل

تجاوز حد الدفاع عن النفس

٧٥٩٩ - ولو شهر على رجل في المصر عصا أو حجرا فقتله المشهور

عليه فان ابا خيفة قال يجب عليه القود • لانه قتل من ليس له قتله •
٧٦٠٠ - وقال أبو يوسف ومحمد لا يقتل ، وان كان العصا والحجر
كثيرا تلزمه الدية •

فصل

الاطلاع على قوم

٧٦٠١ - ولو اطلع على قوم من كوة بغير اذنهم وهم منكشفون أو
عند رجل حرمة (كذا) وليس المطلع من ذوي الارحام فقطع عنه بندقه
أو حصاة أو طعن عنه بعود فذلك هدر ولا شيء على الفاعل في رواية
الطحاوي • وهو قول الشافعي •

٧٦٠٢ - وقال الرازي يجب الضمان • وقد روى أبو هريرة عن
النبي صلى الله عليه وسلم انه قال : (من اطلع في بيت قوم بغير اذنهم ففقأوا
عينه فلا دية ولا قصاص)^(١) •

فصل

ما تفسده البهيمة

٧٦٠٣ - وما افسدت البهيمة من زرع أو مال وليس معها احد
فلا ضمان على مالكها لان جرح المعجماء جبار • وقال الشافعي : ما افسدت
ليلا من زرع أو مال وليس معها احد وجب الضمان •

(١) في الامام لابن دقيق العيد (ص ٤٦٠ - ٤٦١) عن ابي هريرة
ان رسول الله (ص) قال : لو أن رجلا اطلع عليك بغير اذن فحذفته بحصاة
ففقات عينه ، ما كان عليك جناح •
وفي رواية : « من اطلع في دار قوم بغير اذنه فقد حل لهم ان يفقأوا
عينه » لفظ مسلم •
وعند ابن حبان « من اطلع الى دار قوم بغير اذنهم ففقأوا عينه ،
فلا دية ولا قصاص » •

فصل

٧٦٠٤ - وقد ذكر علي بن موسى في احكام القرآن الصغير له ان
الدفع عن النفس ليس بواجب عند بعض الفقهاء •

٧٦٠٥ - وقال ذلك في تفسير قوله « ولئن بسطت الى يدك لتقتلني
ما انا بباسط يدي اليك لاقتلك اني اخاف الله رب العالمين » (٢) • وذكر هناك
اخباراً كثيرة في المعنى •

٧٦٠٦ - واذا قد ذكرنا حكم القتل من البهيمة والانسان ، وكان
القتل في المحاربة واخذ اموال اهل الحرب في الصورة واحد وجب ان يبين
هل يجوز ذلك ام لا : وما الذي ابيح لنا فعله وحرّم علينا فعله ، وهذا
يتبين بان نذكر الغنيمة أو السر •

(٢) المائدة (٥/٢٨) •

كتاب السير والغنمة^(١)

٧٦٠٧ - اعلم ان جميع اهل العلم اتفقوا على جواز أكل ما غنمه
الغنائمون من اهل الحرب في الجملة وقد نزل القرآن فقال : (فكلوا مما
غنمتم حلالاً طيباً)^(٢) .

٧٦٠٨ - والجهاد احد عرى الاسلام ودعائمه واصوله واركانه
وقوامه .

فصل

الآثار الواردة في الجهاد

٧٦٠٩ - وقد بين الله فضل المجاهد على القاعد ومدح من جاهد اشد
مدح في كتابه وعلى لسان رسوله صلى الله عليه وسلم . وقد روى عنه
عليه السلام انه قال : (القتل في سبيل الله يكفر جميع الذنوب الا الدين)^(٣) .
وقال ابن مسعود (القتل في سبيل الله يكفر الذنوب كلها الا الامانة)^(٤) .

(١) السير جمع سيرة والسيرة سلوك الانسان والمقصود بالسيرة
في مصطلح الفقهاء ما استنبطه الفقهاء من احكام الجهاد بالرجوع الى سيرة
النبي والخلفاء الراشدين في حروب الفتح والغزوات فالسيرة مجموعة قواعد
السلم والحرب والهدنة في علاقة الدولة الاسلامية (دار السلم) بغيرها
من الدول .

والسيرة في اللغة الاسم من السير اي الذهاب يقال سار بهم سيرة
حسنة ، والسيرة الهيئة وفي التنزيل العزيز « سنعيدها سيرتها الاولى »
وسير سيره حدث اجاديث الاوائل (لسان العرب) .
(٢) الانفال (٨/٦٩) .

(٣) كذا وقد ورد في نيل الاوطار (ج٧/٢٥١) بصيغة اخرى فجاء
« عن عبيد الله بن عمرو ان رسول الله (ص) قال : يغفر الله للشهيد كل ذنب
الا الدين ، فان جبريل عليه السلام قال لي ذلك » رواه احمد ومسلم .

(٤) في نيل الاوطار (ج٧ ص٢٥١) « عن أنس قال : قال رسول

←

وقال سلمان الفارسي : من رابط يوماً [وليلة] في سبيل الله كان له كاجر صيام شهر وقيامه ، ومن قبض مرابطاً في سبيل الله اجر من فتنه القبر^(١) .
وكم فيه من الفضائل المأثورة والسنن الصحيحة النافعة .

فصل

مسائل السير

٧٦١٠ - والقاضي يحتاج الى معرفة من يسهم له ومن لا يسهم ومن يرضخ له ومن يصح امانه ومن لا يصح ، وكيف تقسم الغنائم ، وعلى من تقسم ، وما يؤخذ من الارض اذا فتحت غنوة أو أسلم اهلها عليها وما اخذه اهل الحرب من اموالنا واخذناه منهم وحكم الجزية والاسترقاق ومن يباح قتله ومن لا يباح قتله لانه ينوب عن الامام فيحتاج الى علم ما يتقدم به الامام اليه أو يحتاج الامام ان يفعله ويعلمه .

فصل

الدعوة أولاً

٧٦١١ - وكل من لم تبلغه الدعوة الى الاسلام فالسنة في قتاله ان يدعى الى الاسلام ويعلم بما يدعى اليه ونبين له شرائعه وقرائضه واحكامه ، فان اسلم كف عنه وخلى وشأنه ودعى الى التحول الى دار الاسلام والكون فيها ، فان لم يجب الى ذلك كله دعى الى الجزية ، فان بذلها كف عنه وان امتنع استعين بالله وقوتلوا على اسم (الله) وملة رسول الله صلى الله عليه وسلم .

→
الله (ص) القتل في سبيل الله يكفر" كل خطيئة ، فقال جبريل الا الدين .
فقال (ص) الا الدين . رواه الترمذي ، وقال : حديث حسن غريب .

(١) جاء في سنن النسائي (ج ٦ ص ٣٩) « عن سلمان الخير عن رسول الله (ص) قال : من رابط يوماً وليلة في سبيل الله كان له كاجر صيام شهر وقيامه ، ومن مات مرابطاً اجرى له مثل ذلك من الأجر ، واجرى عليه الرزق وآمن من الفتان » .

فصل

قتل الرجال دون النساء والصبيان

٧٦١٢ - ويقتل الرجال منهم وتسبى النساء والصبيان وسائر اموالهم
وجميع ما تحويه ايديهم .

٧٦١٣ - ولا فرق عندنا بين اهل الكتاب من اليهود والنصارى
المشركين من المعجم . فاما مشركوا العرب فانهم لا يسترقون لفضيلة العرب
على سائر انواع الناس .

٧٦١٤ - وقال الشافعي يسترقون في احد قوله (١) .

فصل

قتال من بلغته الدعوة

٧٦١٥ - وللإمام ان يقاتل من بلغته دعوة الاسلام وعرف شرائعه من
غير ان يدعوه الى الاسلام أو بذل الجزية عندنا لانه يعلم ما يدعى اليه وقد
تركه عادداً أو رغبة عنه .

(١) انظر في الاحاديث الواردة في جواز استرقاق المشركين من
العرب ما جاء في نيل الاوطار (ج ٨ ص ٤ - ٨) وقد رجح فيه الشوكاني
جواز استرقاق كفار العرب كسائر الكفار من سائر الامم « فقد ثبت في
جنس اسارى الكفار جواز القتل والمن والفداء والاسترقاق ، فمن ادعى ان
بعض هذه الامور يختص ببعض الكفار دون بعض لم يقبل منه ذلك الا
بدليل ناهض بخصوص العمومات » .

اما دعوى الحنفية فضيلة العرب على سائر انواع الناس فتشكر
ولا يسلم بها فان التفاضل بين الشعوب والامم بالتقوى كما صرح بذلك
كتاب الله في اكثر من موضع فكيف بكفار العرب ! وكيف وقد ثبت عقلا
وعلمنا فساد كل دعوى تفوق عنصر على عنصر .

فصل

لا تقسم الغنائم في دار الحرب

- ٧٦١٦ - فإذا جمعت الغنائم كلها فانها لا تقسم في دار الحرب ، لان
الحيازة لم تحصل فيها وما تم الملك عليها .
٧٦١٧ - وقال الشافعي تقسم وقد قسم النبي صلى الله عليه وسلم
الغنائم بخيبر ولم يقسم ببني المصطلق والنضير ولا في حنين حتى رجع .

فصل

اشترك المدد في الغنيمة

- ٧٦١٨ - وعندنا يشترك المدد للغنائم ما داموا في دار الحرب ،
بهذا كتب عمر بن الخطاب رضى الله عنه الى امراء الجيوش (١) .
٧٦١٩ - وقال الشافعي لا يشتركون .
٧٦٢٠ - واتفق الجميع على ان لهم ان يأخذوا ما يحتاجون اليه من
العلف والطعام والشراب والسلاح ، وان العدو لو رجع واسترجع الغنائم
ثم عاد المدد والجيش الاول فآخذوها انهم يشتركون فيها .

فصل

الإسهام للرجال الأحرار

- ٧٦٢١ - ويسهم للرجال الأحرار البالغين المسلمين ولا خلاف في
ذلك لانهم المخاطبون بالجهاد واقامة فريضة .

فصل

لا يسهم لصبي غير بالغ ولا امرأة

- ٧٦٢٢ - ولا يسهم لصبي غير بالغ ولا امرأة تداوي الجرحى وان
قاتلا يرضخ لهما من الغنيمة .

(١) وردت الاشارة الى هذا الكتاب في شرح السير الكبير لمحمد بن
الحسن الشيباني املاء محمد بن احمد السرخسي ، تحقيق صلاح الدين
المنجد (ج ٣ ص ١٠٠٧) .

٧٦٢٣ - ولا يسهم لدمي استعان به الامام وانما يعطى على سبيل
الرضخ^(١) .

فصل الرضخ للعبد

٧٦٢٤ - ويرضخ للعبد ولا يسهم له ، ويكون ما يأخذ مملوكه الذي
ملكه .

فصل من يصح الأمان^(٢)

٧٦٢٥ - وكل واحد ممن له سهم كامل في الغنمة فانه يصح امانه
لاهل الحرب ، ويجب على كافة المسلمين ان ينفذوا ذلك ويحرم القتال
بذلك الأمان على من يريد القتال ، ولا فرق بين العدل والفاسق والعربي
والعجمي في هذا الحكم لانه يملك القتال بنفسه وله ولاية على غيره .

فصل هل يصح الأمان من العبد

٧٦٢٦ - فاما العبد فانه لا يصح امانه عند ابي حنيفة الا ان يكون
المولى قد اذن له في القتال ، فان لم يأذن له في ذلك فامانه باطل .
٧٦٢٧ - وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي امانه جائز في الوجهين
جميعاً .

(١) الرضخ العطية القليلة (نيل الاوطار ، ج ٧ ص ٣٢٠) .
(٢) ورد في الامان آثار عديدة (انظر سبل السلام ، ج ٤ ص ٦٠ -
(٦١) .

فصل

- ٧٦٢٨ - والمرأة اذا أمنت صبح أمانها وكذلك التجار من المسلمين
واهل سوق العسكر وان لم يسهم لهم لانهم من اهل الولاية والقتال .
- ٧٦٢٩ - وقد امنت ام هانيء وزينب ابنة رسول الله صلى الله عليه
وسلم فاجاز ذلك النبي صلى الله عليه وسلم^(١) .

الفنائم

فصل

حكم الفنائم في دار الإسلام

- ٧٦٣٠ - واذا جمعت الفنائم في دار الاسلام نظرت الامام اليها ، فان
كان فيها مال قد اخذ من المسلمين قد كان الكفار اخذوه على سبيل النصب
أو القهر والغلبة وله صاحب حاضر اخذه بغير شيء^(٢) .
- ٧٦٣١ - وقال الزهري والحسن يخمس الجميع ولا يرد على احد
ما عرف من ماله لانهم ملكوه عليه .

فصل

- ٧٦٣٢ - وعندنا يرد قبل القسمة بغير شيء ، وبعد القسمة يأخذه
مولاه بقيته لان بالقسمة استقر ملكه عليه .

(١) ام هانيء بنت ابي طالب بن عبد مناف القرشية بنت عم النبي
(ص) واختلف في اسمها فقيل هند وقيل فاطمة وقيل فاختة (اسد الغابة
٦٢٤/٥) .

(٢) في نيل الاوطار (ج ٨ ص ٣٣٣) عن ابن عمر « انه ذهب فرس له ،
فاخذه العدو فظهر عليهم المسلمون فرد عليه في زمن رسول الله (ص) » .

فصل

يملك الكفار بالقهر والغلبة

٧٦٣٣ - وعندنا ان الكفار يملكون بالقهر والغلبة .

٧٦٣٤ - وقال الشافعي لا يملكون .

٧٦٣٥ - ولا خلاف انا نملك عليهم ما نأخذه من اموالهم وبهذا جاء

القرآن ووردت السنة واجمع عليه العلماء .

فصل

لا تضمين بين المتحارين

٧٦٣٦ - واتفق العلماء على ان كل ما اتلفوه علينا (من مال) أو

نفس أو طرف فانا لا تضمينهم ذلك ولا يرجع به على من اسلم منهم وان

حكمهم في ذلك وحكمنا معهم سواء .

فصل

٧٦٣٧ - وقال ابو حنيفة لو اخذوا لنا مدبرا لم يملكوه ورد الى مولاه

بغير شيء بعد القسمة وقبلها .

٧٦٣٨ - وقال ابو يوسف ومحمد يملكونه .

٧٦٣٩ - واتفق على (ان) ام الولد لا تملك بالقهر على مولاه .

فصل

٧٦٤٠ - ومن اسلم هناك فانه يقر في يديه ماله من مال ورقيق ومتاع

وذهب وفضة ، وماله من وديعة عند مسلم أو ذمي وما كان في يد حربي فانه

يكون فيثاً ، وكذلك اراضيهِ .

٧٦٤١ - وقال الشافعي كل ماله قد حرّزه ^(١) باسلامه في سائر الاسهام .

(١) حرّز المال حرّزا حفظه واصابه .

٧٦٤٢ - وقد روى عن ابي يوسف مثل ذلك لانه يده ثابتة من طريق المشاهدة على المنقول ، فاما العقار فلا •

فصل

٧٦٤٣ - ولو خرج الينا مسلما فجميع ماله هنالك يخمس ولا يجوز به وكذلك اذا ترك اولادا له هناك صفارا •

فصل

٧٦٤٤ - وان كانت له زوجة وهي حبل فانها تسترق وما في بطنها •
٧٦٤٥ - وقال الشافعي لا يسترق اولاده ولا الحمل الذي له من زوجة أو ملك يمين وهو كالمسلم في دار الاسلام •
٧٦٤٦ - لانه لم يحرز ذلك بدارنا ولا صار مخطورا على احد اخذه •

فصل

غزاة دون التسعة

٧٦٤٧ - وكل عدد دخل دار الحرب من المسلمين دون التسعة فانه لا يخمس ما يأخذون وهم في حكم اللصوص عندنا •
٧٦٤٨ - وقال الشافعي يخمس ذلك •

٧٦٤٩ - وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه ، قال خير الرفقة اربعة والسرايا اربعمائة والجيش اربعة آلاف ولا يغلب اثنا عشر الفا من قلة •

فصل

التخميس

٧٦٥٠ - والامام أو الامير يجزى الفنائم اجزاء من سائر المنقولات

فيعطى اربعة اخماسها للغانمين ويعزل الخمس من ذلك .
٧٦٥١ - ولا خلاف في ان الغانمين لهم اربعة اخماس الغنمة .

فصل

تقسيم الخمس

٧٦٥٢ - فاما الخمس وكيف يقسم فقد اختلف العلماء في ذلك على ضروب من الخلاف . فمنهم من قال يقسم ستة اسهم سهم لله تعالى يصرف الى الكعبة وسهم للرسول يصرف الى الخليفة بعده لانه قائم مقامه ، وسهم الى ذوي القربى المذكورين في الآية ، فمنهم من قال قرابة النبي صلى الله عليه وسلم ومنهم من قال قرابة الخليفة بعده ، ومنهم من قال قرابة الغانمين ، ومنهم من قال لا يقسم هكذا ولكن يقسم على اربعة اسهم سهم لذوي القربى وسهم لليتامى وسهم للمساكين وسهم لبني السيل يأخذ من (سهم) ذوي القربى بنو هاشم وبنو المطلب ولا يأخذ منه بنو نوفل ولا بنو عبد شمس ، وهذا قول الشافعي .

٧٦٥٣ - وقال مالك لا يقسم اخماساً ولكن يقسم على ما يراه الامام من ذلك ولا يتجاوز هذه الاصناف الى غيرها ، وله ان يفضل بعضهم على بعض ويعطى بعضهم دون بعض . وقال اصحابنا جميعا يقسم اليوم الخمس على ثلاثة اسهم على اليتامى والمساكين وابن السيل وسقط سهم الرسول بذهابه وسقط سهم ذوي القربى .

٧٦٥٤ - وهكذا قسمه أبو بكر وعمر رضي الله عنهما .

٧٦٥٥ - وقد روى عن ابن عباس رضي الله عنهما ان عمر عرض علينا ان يزوج منه أيمنا ويقضى منه عن غارمنا فأبينا منه الا ان يدفعه لنا بأسره فأبى علينا .

وقد روى عن جعفر بن محمد^(١) انه سئل عن ذلك فقال : كان عبي رضي الله عنه على مذهب اهله فقال له محمد بن اسحق فلم لم يحكم بذلك ؟

٦٧٥٦ - قال كراهة ان ينسب الى خلاف صاحبيه • وقد روى عن عثمان بن عفان وجبير بن مطعم^(٢) انهما قالوا للنبي عليه الصلاة والسلام •

٧٦٥٧ - يا رسول الله اتنا لا تنكر قرابة بني هاشم وفضلهم فما بال بني المطلب اعطيتم ومنعنا وقرابتنا وقرابتهم واحدة ؟

فقال : ان بني المطلب لم يفارقونا في جاهلية ولا في اسلام وشبك بين اصابعه • ولو اعتبر عموم اللفظ دخل فيهم الجميع ، فعلم انه لم يعطهم لاجل القرابة وانما اعطاهم لاجل النصرة •

٧٦٥٨ - وقد روى عن ابي يوسف انه كان لهم سنهم يستحقونه بالبصرة •

فصل

٧٦٥٩ - ومن كان من ذوي القربى من الاصناف الثلاثة وهو فقير فانه يعطى من ذلك السهم لانه من جملتهم لا للقرابة •

٧٦٦٠ - وقال الشافعي لا يدخلون في اصحاب السهام ولهم سهم مفرد •

(١) الامام جعفر بن محمد الصادق الذي ينسب اليه المذهب الجعفري من مذاهب الامامية •

(٢) هو جبير بن مطعم بن عدي بن نوفل بن عبد مناف بن قصي القرشي النوفلي يكنى ابا محمد وقيل ابا عدي ، كان من حكماء قريش وساداتهم وكان يؤخذ عنه النسب لقريش وللعرب قاطبة ، وكان يقول اخفت النسب عن ابي بكر الصديق (رض) (اسد الغابة ١/ ٢٧١) •

٧٦٦١ - والخمس انما اخذوه بدلا من الزكاة ولهذا قال عليه السلام :
ليس في الخمس ما يفيكم عن اوساخ الناس^(١) ؟ فلم انه مأخوذ من
الزكاة .

فصل

٧٦٦٢ - وسائر ما يؤخذ من دار الحرب يخمس الا الحشيش لانه
مال وصل اليها بزوال يد اهل الحرب .

فصل

حكم الأرض المفتوحة

٧٦٦٣ - واما الارض فالامام بالخيار ان شاء ان يقسم قسمها وان شاء
أقرها في يد اهلها ووضع عليهم الخراج كما فعل عمر بن الخطاب رضي الله
عنه بالسواد وان شاء نقل اليها غير اهلها .

فصل

أرض السواد

٧٦٦٤ - وقد اختلف العلماء في أرض السواد فقال اصحابنا هي
مملوكة يجوز بيعها ويجرى فيها سهام الموارث .

٧٦٦٥ - وقال الشافعي نفسه لا ادري ما صنع عمر رضي الله عنه
بأرض العراق ، وأما اصحابه فمنهم من قال باعها من اربابها وما يؤخذ من
الخراج فهو ثمن لها ، ومنهم من قال هو أجرة عنها تؤخذ منهم^(١) .

(١) هذه مسألة تكليف وخلاف اثير مؤخرا حول طبيعة التصرف
الذي قام به عمر بن الخطاب (رض) حين أقر الارض المفتوحة بأيدي فلاحينا
ودهاقينها في مقابل الخراج . والظاهر ان عمر بن الخطاب لم يقصد الى
بيع ولا الى اجارة ، وانما قصد حبس الارض المفتوحة بخراجها لينفق من



فصل

٧٦٦٦ - ويجوز وقفها عندنا ، وتؤخذ بالشفعة وهي كسائر البلاد .

فصل

أرض العرب

٧٦٦٧ - وأرض العرب لا يجوز أن يوضع عليها خراج لأن النبي صلى الله عليه وسلم فتح مكة عنوة عندنا ووضع عليها العشر ولم يضع الخراج .

٧٦٦٨ - وقد قال الشافعي مكة فتحت صلحا ولو كانت صلحا لما كان لذكر الفتح معنى ولا نزل به القرآن .

فصل

مقدار خراج عمر

٧٦٦٩ - والخراج الذي وضعه عمر رضي الله عنه على العراق هو عن كل جريب لزراع الحنطة والشعير والحبوب قفيز درهم ، والقفيز ثمانية ارطال بالعراقي ومن الكرم والنخل عشرة دراهم .

→

الخراج على مصالح الدولة والدواوين التي دونها ، وإن تصرفه نوع من فرض الضريبة على الأرض الزراعية إلى تمتد رقبتها مملوكة للدولة وحق الانتفاع بها وزرعها للفلاحين والمزارعين . وقد كانت هذه الضريبة معروفة قبل الإسلام عند الساسانيين كما تروى كتب التاريخ الإسلامي الشهيرة ككتاب تاريخ الرسل والملوك للطبري فاقتبس عمر هذا النظام من الدولة الساسانية بعد تهذيبه ومصادرة الاقطاع الطبقي الذي كان مقرراً في عهد الأكاسرة للأسرة المالكة ورجال الدين وتحرير الفلاحين من نير الامتيازات الطبقية بإعلان مبادئ المساواة الإسلامية (يراجع كتاب الخراج لأبي يوسف) .

فصل

٧٦٧٠ - وجريب النخل اربعون نخلة عددا لا مساحة ولم ار
لاصحابنا في كتاب وصل الينا ذكر مساحة الجريب بالذرعان •

فصل

سلطة الإمام في تعيين الخراج

٧٦٧١ - ويجب ان يرجع في ذلك الى ما يراه الامام (و) ما يعمده
اهل كل بلد من ذلك وعمل ذلك على العادة اذا جهلنا نص الشارع في
ذلك • قال اصحابنا : فيما لم ينص على بيعه كيلا ولا وزنا انه يرجع الى
عادة البلاد في ذلك •

٧٦٧٢ - وقال الشافعي يرجع الى عادة اهل الحجاز في زمن النبي
صلى الله عليه وسلم ، ولا اعرف قوله في المساجد ايضا •

الفِي (١)

٧٦٧٣ - والمخراج والنجزية وكل ما لم يوجف عليه بخيل ولا ركاب

(١) الفِيء ما كان شمساً فنسخه الظل ، والجمع افياء وفيؤ ، وفاء رجع ، وفاء الى الامر يفِيء فيئاً وفيؤاً رجع اليه . وفي الحديث : الفِيء على ذي الرجم اي العطف عليه والرجوع اليه بالبر . استفاءوا : رجعوا عن طلب التره الى قبول الدية . وفلان سريع الفِيء من غضبه ، وفاء من غضبه رجع . وفاء المؤلي من امراته كفر يمينه ورجع اليها ، قال الله تعالى « فان فاؤا فان الله غفور رحيم » .

قال : الفِيء في كتاب الله تعالى على ثلاثة معانٍ مرجعها الى اصل واحد ، وهو الرجوع :

- ١ - الفِيء من الايلاء وهو الرجوع الى ما حلف ان لا يفعله ،
- ٢ - والفِيء الغنيمة والمخراج ، تقول منه افاء الله على المسلمين مال الكفار يفِيء افاءة ، وقد تكرر في الحديث ذكر الفِيء على اختلاف تصرفه ، وهو ما حصل للمسلمين من اموال الكفار من غير حرب ولا جهاد ، واصل الفِيء الرجوع ، كانه كان في الاصل لهم فرجع اليهم . قال الله تعالى : « ما افاء الله على رسوله من اهل القرى » .

التهذيب : الفِيء ما رد الله تعالى على اهل دينه من اموال من خالف دينه بلا قتال ، اما بأن يجلوها عن اوطانهم ويخلوها للمسلمين ، أو يصالحوها على جزية يؤدونها على رؤسهم أو مال غير الجزية يفتدون به من سفك دمائهم ، فهذا المال هو الفِيء في كتاب الله ، قال الله تعالى « فما اوجفتم عليه من خيل ولا ركاب » اي لم توجفوا عليه خيلاً ولا ركاباً ، نزلت في اموال بني النضير حين نقضوا العهد وجلوها عن اوطانهم الى الشام ، فقسم رسول الله (ص) اموالهم من النخيل وغيرها في الوجوه التي اراه الله ان يقسمها ، وقسمة الفِيء غير قسمة الغنيمة التي اوجف الله عليها بالخيل والركاب .

- ٣ - وكذلك قوله تعالى في قتال اهل الفِيء « حتى تقيء الى امر الله » اي الطاعة (لسان العرب) .

فهو الفيء وفيه ارزاق القضاة والعلماء والقراء ومصالح المسلمين من القناطر
والرباطات وازراق الذرية •

وهل يخمس ذلك ام لا ؟ فقد اختلف اصحابنا فمنهم من قال بفعل
فيه كما يفعل في القيمة ويخمس ويكون خمس الخمس على ما تقدم من
الخلاف مقسوماً •

الجزية

٧٦٧٤ - ويضرب على الرقاب الجزية^(١) (على) الرجال البالغين العتلاء ، فيؤخذ من الفقير اثني عشر درهما ومن المتوسط أربعة وعشرون درهما ومن الغني الكثير ثمانية واربعون درهما • وهكذا ضرب عمر بن الخطاب رضي الله عنه الجزية على اهل العراق ، ولم ينكر عليه ذلك احد من الصحابة رضي الله عنهم فصار ذلك اجماعا •

٧٦٧٥ - وقال النشافعي اقل الجزية دينار ، وسائر الناس في ذلك سواء وان رأي الامام الزيادة زاد في ذلك •

فصل

الفقير والمتوسط والغني

٧٦٧٦ - وقد حلبق اصحابنا الطبقات الثلاث فقالوا الفقير من يملك نصابا من العين أو ما قيمته ذلك الى النصاب الاقل الى الالف • والمتوسط هو من يملك من الف الى عشرة آلاف • والغني الكثير من يملك من عشرة آلاف وما زاد •

فصل

القول لمن في الفقر

٧٦٧٧ - وان اختلفا في الفقر واليسار فالقول قول الدافع للجزية ، وهو كالتفقة القول قول الزوج •

فصل

العبرة بينة العامل

٧٦٧٨ - وان اقام العامل بينة والذمي بينة فالبينة بينة العامل لانها

(١) الجزية خراج الارض والجمع جِزَى وجِزَى ، وجزية الذمي منه (لسان العرب) •

ثبت الغني والمال •

فصل

أرض العشر

٧٦٧٩ - وكل أرض أسلم عليها أهلها فهي أرض عشر لا خراج •

فصل

لا جمع بين عشر وخراج

٧٦٨٠ - ولا يجمع عدنا على مسلم في أرضه عشر وخراج •

٧٦٨١ - وقال الشافعي يجمع ذلك كله ، لأن كل واحد وضع
لجهة فلا يجتمعان •

فصل

تأيد الخراج

٧٦٨٢ - والخراج إذا وضع على الأرض فهي أبدا أرض خراج
ولا تنتقل عبد أبي حنيفة إلى العشر أبدا •

٧٦٨٣ - والأرض العشرية يجوز أن تنتقل إلى الخراج إذا اشتراها
الذمي من مسلم فإنه يوضع عليها الخراج ثم لا تعود إلى العشر أبدا •
٧٦٨٤ - وقال أبو يوسف إذا رجع المسلم فاشتراها من الذمي عادت
إلى العشر •

٧٦٨٥ - وقال محمد لا عبرة بمالك الأرض وإنما الاعتبار بالأرض
نفسها فما كانت في الأصل عشرية فهي أبدا كذلك وكذلك الخراجية •

فصل

لا زيادة على الخراج العمري

٧٦٨٦ - والخراج الذي وضعه عمر رضي الله عنه على الأرض ليس

- لاحد من الائمة ان يزيد عليه عند ابي يوسف ، لان عقود الائمة لا تنقض .
 ٧٦٨٧ - وقال محمد له الزيادة في ذلك اذا احتملت الارض ذلك .

فصل

جزية سنة واحدة

- ٧٦٨٨ - ولا يؤخذ من الذمي الا جزية سنة واحدة فان فات عليه سنون لم تؤخذ .
 ٧٦٨٩ - وهذا قول ابي حنيفة ، وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي يؤخذ لما مضى لانه دين عليه .

فصل

- ٧٦٩٠ - وعندنا انها تسقط بالاسلام والموت وقال الشافعي لا تسقط .
 ٧٦٩١ - لان الصغار لا يوجد بعد ذلك^(١) .

فصل

المعتبر في استحقاق الغنيمة

- ٧٦٩٢ - والمعتبر في استحقاق الغنيمة يوم دخول دار الحرب فمن كان فارساً اسهم له سهم فارس وان نفق فرسه ، ومن كان راجلاً اعطى سهم راجل وان ملك فرساً .

- ٧٦٩٣ - وقال الشافعي والمعتبر منقضى الحرب .

فصل

سقوط الحق في الغنيمة

- ٧٦٩٤ - ومن مات من الغانمين في دار الحرب قبل القسمة والحيابة

(١) اشارة الى قوله تعالى « عن يد وهم صاغرون » .

بدار الاسلام سقط حقه من الغنيمة • وقال الشافعي لا يسقط ، وإن مات
في دار الاسلام فحقه باق •

فصل

حكم السبي قبل القسمة

٧٦٩٥ - ومن زنى بأمة من السبي قبل القسمة أو سرق أو قتل عبدا
من الغنيمة فلا خد عليه ولا ضمان ولا قطع ولا قصاص ، لانه على اصل
الاباحة •

فصل

٧٦٩٦ - وإن اعتق عبدا من الغنيمة بعد الحيازة لم يعتق لجواز أن
لا يقع في سهمه •

فصل

ما يسهم للفارس والفرس

٧٦٩٧ - ويسهم للفارس سهمان سهم له وسهم لفرسه ، ولا يسهم
لأكثر من فرس واحد^(١) •

٧٦٩٨ - وقالوا والشافعي يعطى ثلاثة اسهم سهمان لفرسه وسهم
واحد له^(٢) •

٧٦٩٩ - ويسهم لفرسين من الجانب^(٣) ولا يزداد على ذلك •

(١) جاء في سبيل السلام (٥٨/٤) : ذهبت الهازوية والحنفية إلى انه
الفرس له سهم واحد ، لما في بعض روايات ابي داود بلفظ « فاعطى للفارس
سهمين وللراجل سهمًا » وانظر نيل الاوطار (ج ٧ ص ٢٢١) •
(٢) جاء في سبيل السلام (٥٨/٤) : عن ابن عمر « قال قسم رسول
الله (ص) يوم خيبر للفرس سهمين وللراجل سهمًا » • متفق عليه واللفظ
للبخاري ولأبي داود • • • واليه ذهب الناصر والقاسم ومالك والشافعي •
(٣) في سبيل السلام (٥٨/٤) لا يسهم الا لفرس واحد ، ولا يسهم
لها الا اذا حضر القتال •

فصل

٧٧٠٠ - والعجمي والعربي والتركي في ذلك سواء .

فصل

٧٧٠١ - ولا يسهم لبغل ولا حمار ولا جمل ولا شيء سوى الخيل خاصة .

فصل

التنفيل^(١)

٧٧٠٢ - وللإمام أن ينفل قبل القسمة واللعوق بدارنا ، وليس له بعد القسمة واللعوق بدارنا .

فصل

السلب

٧٧٠٣ - والسلب [لا] يخمس إلا أن يشترط الإمام ذلك^(٢) .

٧٧٠٤ - وقال الشافعي السلب للقاتل إذا قتله مقبلا غير مدبر وهو من أهل السهمان .

(١) التنفيل هو أن يقول الإمام من قتل قتيلا فله سلبه . وقد جاء في سبل السلام (٤/٥٩ - ٦٠) « عن ابن عمر (رض) قال : كان رسول الله (ص) ينفل من يبعث من السرايا لانفسهم خاصة ، سوى قسمة عامة الجيش » . متفق عليه . فيه أنه (ص) لم يكن ينفل كل من يبعثه بل بحسب ما يراه من المصلحة في التنفيل .

(٢) يراجع نيل الاوطار باب أن السلم للقاتل وأنه غير مخموس (٧/٢٩٧ وما بعدها) .

فصل

من لا يقتل

٧٧٠٥ - ولا يقتل صبي ولا امرأة ولا اعمى ولا راهب ولا شيخ
هرم الا ان يقاتل فقتل^(١) .

فصل

٧٧٠٦ - وكذلك من له رأي في الحرب .

٧٧٠٧ - وللشافعي في قتل الشيوخ والرهبان قولان .

٧٧٠٨ - وكتاب السير الكبير لمحمد بن الحسن (الشيباني) سمعت
قاضي القضاة رحمه الله يقول فيه اربعة آلاف خبر بين احكامها وتكلم على
تاويلاتها فلا يمكن الا اذا كان هذا الكتاب من الكتب الكبار .

٧٧٠٩ - واذا قد ذكرنا بعضا من جملة وكان اخذ القضاة اموال
المسلمين في الصورة مثل اخذ المسلمين اموال اهل الحرب وجب بيان ذلك
وحكمه ، وهذا يعرف بذكر الغصب .

(١) يراجع نيل الاوطار باب الكف عن قصد النساء والصبيان
والرهبان والشيخ افغاني بالقتل (٢٧٩/٧) وما بعدها .

كتاب الغضب

وهذا كتاب الغضب^(١)

الآيات والآثار الواردة في الغضب

٧٧١٠ - المعقول من الغضب انه فعل مذموم من فاعله يستحق به المأثم ، وقد قال الله : « يا ايها الذين آمنوا لا تأكلوا اموالكم بينكم بائبطل الا ان تكون تجارة عن تراض منكم » الى قوله « ومن يفعل ذلك عدوانا وظلما فسوف نصليه نارا » وكان ذلك على الله يسيرا ^(٢) . وروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال : من غصب شبرا من ارض طوقه يوم القيامة من سبع ارضين ^(٣) . وروى عنه عليه الصلاة والسلام : انه قال (ليس لعرق ظالم حق) ^(٤) . وقد روى في سبب هذا الخبر انه عليه السلام امر بقلع التخل وقال الراوي : فلقد رأيت الفؤس تعمل في اصولها وانها

(١) الغضب لغة أخذ الشيء ظلماً ، غصب الشيء يغصبه غصباً واغتصبه فهو غاصب ، وغصبه على الشيء قهره وغصبه منه ، والاغتصاب مثله ، والشيء غصب ومغصوب . ويكرر في الحديث ذكر الغصب وهو اخذ المال ظلماً وعدواناً ، وفي الحديث أنه غصبها نفسها اراد انه واقعها كرها فاستعاره للجماع (لسان العرب) .

(٢) النساء (٤/٢٩) .

(٣) في سبيل السلام (٧٠/٣) عن سعيد بن زيد ان رسول الله قال : (من اقتطع شبراً من الأرض) اي من أخذه ، وهو احد الفاظ الصحيحين (ظلما طوقه الله يوم القيامة اياه من سبع ارضين) متفق عليه .

(٤) في سبيل السلام (٢٧/٣) عن عروة بن الزبير (رض) قال : قال رجل من اصحاب رسول الله (ص) ان رجلين اختصما الى رسول الله (ص) في ارض غرس احدهما فيها نخلا والارض للآخر ، ففضى رسول الله (ص) بالارض لصاحبها ، وامر صاحب الارض ان يخرج نخله فقال ليس لعرق ظالم حق (وانظر نيل الاوطار ، ج ٥ ص ٣٥٩) .

لتخيل غمر والغمر الطوال^(١) .

فصل

ماهية الغصب

٧٧١١ - والغصب ان يأخذ الانسان مالا ليس له اخذه ولا له حق في امساكه وحبسه على مالكه قاصدا الى الحيلولة بينه وبين مالكه ، وتغيبه عن عينه .

٧٧١٢ - وقد اجمع العلماء على ان هذا الفعل محرم بالشرع ممنوع منه بالعقل ، وانه يجب على فاعله رد النعمان على مالكها اذا قدر على ذلك ، وتمكن منه وانها ان تلفت في يديه وجب عليه مثلها ان كان لها مثل أو قيمتها ان كان لها قيمة ، لقوله عليه الصلاة والسلام : (على اليد ما اخذت حتى ترد)^(٢) .

فصل

ذوات الأمثال

٧٧١٣ - وذوات الامثال هي المكيلات والموزونات من كل نوع يجوز السلم فيه أو يجوز استقراضه وذلك كالخطة والشعير والزيب والتمر والذرة والارز والدرهم والدنانير .

فصل

ذوات القيم

٧٧١٤ - وذوات القيم فهي الحيوان والنبات والجوهر واللؤلؤ وكل

(١) في نيل الاوطار (ج ٥ ص ٣٥٩) « وانها لتخل عثم » . وعم جمع عميمة وهي الطويلة .

(٢) نيل الاوطار (٣٦١/٥) .

ما لا يصح السلم فيه ، وقد بينا في كتاب البيوع ما يجوز من ذلك وما لا يجوز ، وذكرنا الخلاف في ذلك وقلنا ان الجوز واللوز والبيض يجوز السلم فيه كيلا ووزا وعددا وانه من ذوات الامثال ، وان زفر والحسن بن زياد قالا ان ذلك من ذوات القيم •

فصل

٧٧١٥ - وبيننا ان القياس يقتضي ان لا يجوز السلم في الثياب ، والاستحسان ان يجوز ذلك وذكرنا خلاف الشافعي في الحيوان ومالك في الجلود والرؤس • وذكرت الوجه في ذلك •

فصل

ضمان ماله مثل

- ٧٧١٦ - وعندنا يضمن ماله مثل بمثله وهو قول الشافعي ومالك •
- ٧٧١٧ - وقد حكى في الخلاف ان من الناس من يقول يضمن بتيسه يوم الاخذ لا مثله •
- ٧٧١٨ - وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم ان رجلا اعتق شقصاً في عبد فضمنه النبي عليه السلام قيمة نصيب شريكه ولم يوجب عليه نصف عبد ، ولا خيره في ذلك ، فدل على اعتبار القيمة فيما ذكرناه •
- ٧٧١٩ - واما ذوات الامثال فقال : الذهب بالذهب مثل بمثل والفضة بالفضة مثل بمثل ، الخبر فاعتبر المماثلة في الجنس والوزن • وكذلك سائر ما تضمنه خبر الربا •

٧٢٢٠ - فيجب ان يكون على المتلف مثل ما اتلف وبهذا خالف ذوات القيم فانه لو اعتبر فيها القيمة في العقد لما صح بيع سلعة بأكثر من قيمتها ولا أقل ، وهذا لا يقوله احد من العلماء •

فصل

٧٧٢١ - وما ذكرناه دليل على ابطال قول من قال ان الاجناس تضمن بمثلها ، وضمن الحيوان بمثله من جنسه ، وكذلك الثياب والاولاني وبائر صنوف الاموال لانه عليه السلام لم يضمن المعتق نصف عبد مثله مع ان الحيوان لا يكاد يتساوى في القيمة لاختلاف الصور والخواص التي فيه والعلوم والصنائع •

فصل

المعتبر في القيمة

٧٧٢٢ - والمعتبر في القيمة التي يقضى بها يوم الغصب ، ولا عبرة بما زاد ونقص من ذلك عند اصحابنا •

٧٧٢٣ - وقال زفر والشافعي يضمن اعلى ما كان موجودا من يوم الغصب الى يوم الهلاك لان الغصب سبب لثبوت الضمان ومحلله الذمة وذلك لا يصح فيه الزوائد ، والغصب هو الذي اقتضى ذلك فلا يجوز ان يتجدد به ضمان من جنسه ، مع بقاءه ويخالف الجناية فان الذي يتولد منها جناية والغصب لا يتولد منه اعيان •

فصل

قيمة المثل المنقطع

٧٧٢٤ - وان كان مما له مثل ثم انقطع المثل من ايدي الناس فعليه قيمة ذلك يوم الخصومة عند ابي حنيفة •

٧٧٢٥ - وقال ابو يوسف عليه قيمته يوم الغصب •

٧٧٢٦ - وقال محمد عليه قيمة ذلك آخر ما كان موجودا الا انه في تلك الحال تعذر الرد •

فصل

الضمان عند تعذر الرد

٧٧٢٧ - ولا فرق بين ان يتعذر الرد على المالك بفعل الغاصب أو بفعل الله تعالى أو بفعل غيره من الناس لان الغصب يقتضي الضمان عند تعذر رد العين ، وهو مأمور برد العين الى مالئها وترك التعدي •

فصل

سقوط الضمان عن الغاصب بإتلاف المقتصوب منه

٧٧٢٨ - ولو ان المقتصوب منه كان المتلف للعين أو الجاني عليها جناية لو فعلها غيره على ملكه ازال ملكه عنها ووجب عليه الضمان بذلك فان ذلك يسقط الضمان عن الغاصب وهذا كأكل العين أو قتل العبد أو قطع طرفه •

٧٧٢٩ - وقد قال الشافعي ان قدم الغاصب الطعام الى مالئ فأكله فانه لا يبرأ من الضمان ، وللمالك ان يضمه ذلك في احد قوليه اذا كان لا يعلم بذلك •

فصل

٧٧٣٠ - واتفق الجميع على انه لو اطعمه لأجنبي ان للمالك ان يضمه الاجنبي ذلك ولا يرجع به على الغاصب فكيف يرجع المالك على الغاصب بما يجب عليه ضمانه لو كان اجنبياً •

فصل

شرط العدوان

٧٧٣١ - ولا يجب الضمان على انغاصب الا بقبض العين المقتصوبة أو تسليمه اياها الى غيره ، لان الضمان بفعل ، على طريق العدوان فلا بد من اعتبار وجوده فيجب الضمان •

فصل

ما لا ينقل

- ٧٧٣٢ - ولا يجب ضمان ما لا ينقل ويحول من الاعيان كالعقار عند
ابي حنيفة وابي يوسف .
٧٧٣٣ - وروى ابو يوسف انه يجب الضمان وهو قول محمد
والشافعي .
٧٧٣٤ - لان العقار في محل قبضه ولا يمكن ان يغييه عن المالك
فلا يوجد فيه غير الحيولة وذلك لا يوجب الضمان كما لو حبس المالك
عن ماله^(١) .

فصل

منافع المقتبض

- ٧٧٣٥ - وعلى هذا قال اصحابنا لا يجب عليه ضمان المنافع سواء
استوفأها أو تلفت تحت يده كما لا يجب في منفعه البضع اذا تلفت على
الزوج .
٧٧٣٦ - وقال الشافعي يجب ضمان المنافع سواء تلفت تحت يده أو
استوفى ذلك^(١) . ولو غصب عبدا يطبخ ويخبز ويعمل الاعمال ودقيق
الصنائع فاي منفعة يضمنها من ذلك له جميع ذلك أو البعض ؟ وبأي شيء
خصص ذلك وما وجد العمل منه لهذه الصنائع .

فصل

ارش ما نقص العين المقتبضة

- ٧٧٣٧ - وان نقصت العين المقتبضة أو دخلها عيب من طريق الحكم

(١) انظر مختصر الطحاوي ، ص ١١٨ .

(٢) انظر في قول مالك في منافع المقتبض كتاب الافصاح لابن هبيرة

أو المشاهدة كذهاب عين أو طرف أو ما يعده التجار عيبا في العادة فانه يرد العين وارش ذلك العيب تقوم ولا عيب بها يوم الغصب ، وتقوم وبها العيب فما فضل منهما رده مع العين ، لان كل جزء مضمون لان الجملة مضمونة .

فصل

٧٧٣٨ - وان كانت العين المنصوبة مما لا يجوز بيعها بجنسها متفاضلا كالخطة وسائر الكميات والذهب والفضة وسائر الموزونات فدخل ذلك عيب من عفن أو ما يشبهه . ذلك أو هشم الاناء الفضة أو الذهب أو مما يباع وزنا في الآنية فالمنصوب منه بالخيار ان شاء اخذ ذلك مكسورا أو مهشوما وان شاء اخذ قيمته من الذهب ان كان المكسور فضة وقيمه فضة ان كان المكسور ذهبا ، وكذلك سائر الاواني من الموزونات ، لان الجنس لا يباع بجنسه متفاضلا فكذلك لم يضمن النقصان ويلقي معه الاصل زيادة .

فصل

زيادة العين المنصوبة

٧٧٣٩ - واذا زادت العين المنصوبة في بدنها أو ولدت ان كانت جارية أو حيوانا سواها فالزيادة غير مضمونة عندنا ولا يضمن الا بما يضمن به سائر الامانات .

٧٧٤٠ - وقد روى الطحاوي ان ذلك لا يضمن الا في المتصل خاصة عند ابي حنيفة لانه ضمان من غير جنس الاول^(١) .

٧٧٤١ - وقال زفر والشافعي الجميع مضمون عليه في المتصل والمنفصل ، وان الضمان يسرى من الاصل الى الفرع .

٧٧٤٢ - لان الزيادة حدثت بغير فعله ولم يوجد ما يوجب الضمان فيها فلم تصر مضمونة .

(١) لم ترد هذه الرواية في مختصر الطحاوي .

فصل

المنع يوجب الضمان

٧٧٤٣ - ولو طلبها المصوب منه فممنها فهي مضمونة باتفاق لان
المنع يوجب الضمان على المودع والمستعير فأوجه على الغاصب •

فصل

ولد العبد يضمن

٧٧٤٤ - واتفقوا على ان ولد العبد يضمن اذا هلك في يده وان ولد
الوديعة والمستأجرة لا يضمن •

فصل

ولد المرهونة

٧٧٤٥ - واختلفوا في ولد المرهونة هل يصير رهناً ام لا ؟
فقال اصحابنا يدخل في الرهن وقال الشافعي لا يدخل في الرهن ، وان
كان حملاً ففيه قولان • وكذلك ولد المبيعة •

فصل

ما يتولد من الجناية

٧٧٤٦ - واجمعوا على ان جميع ما يتولد من الجناية مضمون على
الجاني ، وان الرياح اذا القت ثوباً في دار انسان وهو لا يعلم من صاحبه
قتل قبل اخذه انه لا ضمان •

فصل

ولد أم الولد

٧٧٤٧ - واتفقوا على ان ولد أم الولد من المولى يخالف أمه في
الضمان ، وولد المغرور يخالف أمه في الضمان والاستحقاق •

فصل

مخالفة الفرع الأصل

٧٧٤٨ - واجمعوا على ان الفرع قد يخالف الاصل في الوقت ، وانه يجوز بيع الفرع ولا يجوز بيع الاصل ، وان البغل فرع يتولد من الفرس وانه يخالف الام في الاباحة والاحكام •

فصل

ولد الحرة وولد الأمة

٧٧٤٩ - واجمعوا على ان ولد الحرة لا يجوز ان يكون عبدا بحال ، وان ولد الأمة يجوز ان يكون حرا في الاستيلاء والغرور •

فصل

أجر العين المغصوبة

٧٧٥٠ - ولو اجر الغاصب العين المغصوبة فان الاجرة لا يردها على المالك ، ويتصدق بها عندنا لانها حصلت من جهة محظورة^(١) •

فصل

الساحة المغصوبة

٧٧٥١ - ولو غصب الرجل ساحة وبني عليها ملكها وجب عليه قيمتها يوم الاخذ ، ولا يكلف النقض عندنا ولا فرق بين ان يبنى عليها أو حولها ، وفرق الكرخي بينهما فقال : ان بني عليها نقض وان بني حولها لم ينقض • والصحيح هو الاول عند اصحابنا • وقال الشافعي يكلف النقض وردها على المالك •

(١) تطبيقا لقواعد الكسب دون سبب •

فصل

الخيطة المنصوب

٧٧٥٢ - وقال الجميع انه لو غصب خيطاً وخاط به جرح عبد أو حيوان لا يؤكل انه لا يقطع وتجب قيمته •

فصل

غصب ساحة

٧٧٥٣ - وقالوا لو غصب ساحة فبنى فيها أو غرس شجراً أو نخلاً فإنه يكلف القلع •

فصل

٧٧٥٤ - فان تملكها وجب عليه القيمة ، ولا يحل له الانتفاع بالعين حتى يؤدي القيمة كمن غصب خنطة فطحنها أو سمسماً فعمله شرجاً أو شاة فذبحها وشواها أو ثوباً فخاطه قميصاً أو صفراً فاتخذة آنية أو فضة فصاغها آنية فان في هذه المواضع ينقطع حق المالك ويجب الضمان •

٧٧٥٥ - وقال الشافعي لا ينقطع حق المالك وهو بالخيار بين ان يسلم العين ويأخذ القيمة وبين ان يمسك العين ويضمنه النقصان •

٧٧٥٦ - لان هذا الفعل لو فعله في ملكه لم يزل ملكه كذلك اذا فعله غيره •

فصل

وطء أحد الشريكين الجارية

٧٧٥٧ - واتفق الجميع على ان أحد الشريكين اذا وطئ الجارية المشتركة واحلها انه يضمن حصة الشريك ويؤول ملكه عن الجارية ، ولو وطأ المالك جارية نفسه لم يزل الملك •

فصل

وطىء جارية ابنه

- ٧٧٥٨ - كذلك الاب اذا وطىء جارية ابنه فحملت يجب عليه الضمان
ويزيل الملك عنها اليه •
٧٧٥٩ - وقال الشافعي يجب العقر في احد قوله ولا يملك الاصل •
وفي قول آخر يملك ويجب عليه ضمان العقر مع ذلك •

فصل

بين العين المفصوبة

- ٧٧٦٠ - وقال اصحابنا لو باع الغاصب العين في الموضع الذي قد
سقط (كذا) حق المالك في الرجوع نفذ البيع ولم ينقض • وقال الشافعي
لا يصح بيعه لانه يجزى مجزى البيع الفاسد عندنا •

فصل

ضمان العبد المفصوب الأبق

- ٧٧٦١ - ومن نصب عبدا فابق من الغاصب ثم ضمن العبد للمفصوب
منه اما بيينة أو باقرار ملكه بالضمان ، واذا رجع اليه لا يجب رده على
المالك لانه اخذ منه العوض فملك المعوض كما لو اشتراه •
٧٧٦٢ - وقال الشافعي يرد قيمة ويأخذ العبد ، وجعل القيمة في
مقابلة الحيلولة ، والقيمة لا يجوز ان تكون في مقابلة السبب ، بل في مقابلة
المال لان المال هو المقوم دون الغصب •

فصل

صبغ المفصوب

- ٧٧٦٣ - وليس للمفصوب ان يطالب الغاصب بقلع الصبغ من الثوب

الذي غصبه وصبغه ولا للغاصب ايضاً ذلك بشرط ان يضمن ما نقص من الثوب ، بل المالك بالخيار ان شاء ان يأخذ ثوبه ويعطيه ما زاد الصبغ ويضمن قيمة الثوب ايضاً خلاف الشافعي في الوجهين •

فصل غصب دقيقاً فلتة

٧٧٦٤ - ومن غصب دقيقاً فلتة بفسن أو عسلاً ففعله خيماً فهو مثل ذلك في الحكم •

فصل أولاد العين

٧٧٦٥ - ويرد أولاد العين معها اذا اراد ردها ، لانها عين مملوكة للمغضوب منه

فصل نقص قيمتها بالولادة

٧٧٦٦ - ولو كانت الولادة قد نقصت قيمتها وفي الولد قيمة ما نقصت الولادة فانه يجبر بالزيادة ما نقص من الام ، وان لم يكن في الولد جبر لما نقص من الام رد الام وقيمة ما نقص منها والولد استحساناً عند ابي حنيفة وابي يوسف ومحمد •

٧٧٦٧ - وقال زهر والشافعي يرد نقص الولادة مع الولد والام ولا يجبر بالولد النقصان الفائت •

فصل قطع يد الجارية المنصوبة

٧٧٦٨ - واجمعوا ان الجارية لو قطعت يدها عند الغاصب انه يجبر

بالأرض النقصان لأن النقص افاد مالا واذهب مالا فقام احدهما مقام الآخر •

فصل

موت الولد قبل الطلب

٧٧٦٩ - ولو كان الولد مات قبل ان يطلبه رب المال فلا ضمان فيه عندنا ، وبه قال مالك بن انس وقال زفر يضمن ، وهو قول الشافعي وجعلاه كولد الصيد ، واصحابنا جعلوا ذلك كزيادة السعر •

فصل

ما وهب للأمة المفصوبة

٧٧٧٠ - ولو وهب للأمة هبة فانها ترد مع الامه الى مالكتها •

فصل

ارش يد الأمة المفصوبة

٧٧٧١ - ولو كانت قطعت يدها واخذ المالك أرشها أو وهبت لها هبة أو ولدت عنده ولدا وضمن الغاصب قيمتها اما لابقاها أو موتها عنده فانه يرد الهبة ولا يرد الارش والولد عند محمد بن الحسن ، وقال ابو يوسف يرد الولد والهبة ولا يرد الارش ، لان الغاصب يملك بالضمان العين فما [كان] بدل جزء منها أو نماؤها يدخل في الملك كما يدخل في البيع ، والهبة ليست من العين ولا بدلها •

٧٧٧٢ - وابو يوسف لا يسند الضمان الى حالة الغصب والولد فعين اخرى فهو والموهوب لها سواء والكسب بخلاف ذلك •

فصل

الغاصب أعتق العبد

٧٧٧٣ - ولو كان الغاصب اعتق الامه أو العبد ثم ضمنه المولى قيمتها

لم ينفذ العتق لانه اعتق مالا يملك فيبطل العتق •

فصل

بيع المغصوب

- ٧٧٧٤ - ولو كان باعها من انسان ثم ضمن القيمة جاز البيع عند ابي حنيفة وابي يوسف ومحمد ، وقال زفر لا يجوز البيع •
- ٧٧٧٥ - لان العقد يقع صحيحا ويقف على اجازة المالك فاذا سقط حق المالك نفذ العقد من جهة العاقد وعند الشافعي وزفر لا ينفذ البيع •
- ٧٧٧٦ - لانه باع مالا يملك ولا يقف العقد عندهما •

فصل

اجاز بيع المغصوب

- ٧٧٧٧ - ولو لم يضمه المالك القيمة ولكن اجاز^(١) البيع وهي حية جاز البيع وكان الثمن للمالك •
- ٧٧٧٨ - وقال الشافعي لا يجوز ، لان البيع لا ينعقد موقوفا (عنده) •

فصل

- ٧٧٧٩ - ولو كانت ماتت ثم اجاز البيع لم يجز باتفاق لانه اجاز في حالة قد بطل العقد •

فصل

إعتاق المشتري ما اشتراه من مغصوب

- ٧٧٨٠ - ولو كان الغاصب قد باعها وسلمها فاعتقها المشتري أو باعها ثم ان المالك اجاز بيع الغاصب فعتق المشتري جائز وبيعه لا يجوز •
- ٧٧٨١ - وقال محمد بن الحسين لا يجوز العتق ايضا كذا ذكر

(١) في نسخة تونس : اخذ •

المسئلة أبو موسى في مختصره ، وذكر ابو الليث المسئلة في خلافه بين اصحابنا قال يجوز البيع وبطل العتق في قول محمد وزفر وهو القياس . وفي قول ابي حنيفة وابي يوسف جاز العتق .

فصل أولاد المغصوبة

٧٧٨٢ - ولو ان رجلا غصب جارية فولدت عنده ولدا من الغاصب ، ثم اقر الغاصب انه غصبها من فلان فانه لا يصدق على رد الجارية ويغرم قيمتها ولا يغرم قيمة الولد .

فصل العقر

٧٧٨٣ - فاما انعقر فقال ابو يوسف ، لا يضمن فيه العقر لانها صارت مستهلكة بالعلوق كمن استولد جارية ابنة . وقال زفر يغرم قيمتها وقيمة الولد والعقر وذكر ابو الليث ، ان هذا في خلاف زفر .

فصل قطع رجل دابة مغصوبة

٧٧٨٤ - ولو غصب دابة فقطع رجلها ضمن قيمتها ، وروى هشام ان المالك بالخيار ان شاء اخذها ولا شيء له ، وان شاء تركها واخذ القيمة من الغاصب عند ابي حنيفة .

٧٧٨٥ - وقال ابو يوسف ومحمد ان شاء اخذها واخذ ارش النقصان كما قالوا في الجناية على العبد واذا قلع عين الدابة فعليه ربع القيمة استحساناً ، والقياس ان يغرم النقصان ، وهو قولي الشافعي ولو قلع الجميع فعليه القيمة .

فصل

صبغ الثوب المصبوب

- ٧٧٨٦ - ولو صبغ الغاصب الثوب اسود فان ابا حنيفة قال يأخذ
بغير شيء [لأنه نقصان] ^(١) .
٧٧٨٧ - وقال ابو يوسف ومحمد يعطى ما زاد الصبغ كالاحمر ،
وقد قيل ان المسئلة لا خلاف فيها لان كل واحد اجاب على ما شاهد في
زمانه .

فصل

ضرب الفضة المفضوبة

- ٧٧٨٨ - وقال ابو حنيفة : لو غصب فضة فضر بها دراهم فمالك
يأخذها منه ولا يرد عليه شيئاً .
٧٧٨٩ - وقال ابو يوسف ومحمد الدراهم للغاصب وعليه مثل
القيمة للمالك ، وجعلوا ذلك كما لو عملها آنية .

فصل

موت المصبوب عند المشتري

- ٧٧٩٠ - ولو باع الغاصب العين المفضوبة فمات عند المشتري واحتار
المولى تضمين الغاصب فانه يضمها بقيمتها يوم تسلمها .
٧٧٩١ - وقال محمد ان شاء ضمن الغاصب قيمتها يوم سلمها ، وقد
روى اهل هذا القول ايضاً عن ابي حنيفة انه جعل التسليم كذبح الشاة
وقتل العبد عبداً آخر ، وجعلوا ذلك كمودع المودع .

(١) الهداية (١٨/٤) وانظر مختصر الطحاوي (ص ١١٩ - ١٢٠) وفيه « وان كان صبغه بسواد فان ابا حنيفة كان يقول ان شاء سلمه الى الغاصب كذلك وضمنه قيمته ابيض يوم غصبه ، وان شاء احتسبه ولم يفرم للغاصب .

فصل

التصدق يربح المغصوب

٧٧٩٢ - ولو غصب الفا فاشترى بها امة فباعها بالفين فانا نفتيه ان يتصدق بالـ^(١) .

٧٧٩٣ - وقال ابو يوسف لا يتصدق بشيء لانه ربح على اصل فاسد وهو يقول العلة بالضمن وقد ضمن الالف .

فصل

التضحية بشاة مغصوبة

٧٧٩٤ - ومن غصب شاة فضحى بها ثم ضمن القيمة أجزيت عن الغاصب اذا ضمن في ايام الاضحية وان آخرها لم تجزه .

فصل

٧٧٩٥ - وقال ابو يوسف لا تجزيه عن الاضحية لأن الذبح غير قربة .

فصل

تحول العصير المغصوب

٧٧٩٦ - ومن غصب عصيرا فصار خمرا ثم صار خلا فمالكه بالخيار ان شاء اخذه خلا وان شاء ضمنه مثل العصير ، ولو كان هو الذي خلله فعليه مثله لانه ازال الاسم وعامة المنافع ، ويجب على قول انشافعي ان لا يزول الملك عن ذلك ويكون الخيار اليه .

فصل

فرخ بيضة مغصوبة

٧٧٩٧ - ولو غصب بيضة فحضرها فخرج منها فرخ فهو للغاصب وعليه مثل البيضة لانه استهلكها ولو كانت دجاجة حضنتها من غير ان يكون

(١) تطبيقا لمبادئ الكسب دون سبب .

له في ذلك صنع فالفرخ لرب البيضة لانه لم يحدث في ذلك حدثا .

فصل

تغير قيمة الكر المفصوب

٧٧٩٨ - ولو غصب رجل من رجل كر نخطة بمكة وقيمتها الف درهم فلقبه بالكوفة وقيمة الكر مائة فانه لا يجبر المالك على اخذ الكر ويقضى له بالف درهم .

فصل

وجوب الدراهم المفصوبة في كل موضع

٧٧٩٩ - ولو كان غصبه دراهم أو دنانير وجب عليه اخذ ذلك في اي موضع لقيه لان ذلك قيمة الاشياء في كل موضع .

فصل

من يضمن قيمة المفصوب

٧٨٠٠ - ولو غصب فلوسا فهلكت أو كسدت فهلكت ضمن قيمتها يوم الغصب عند ابي يوسف ، وقال محمد يوم كسدت .

فصل

نقص سعر المفصوب وزيادته

٧٨٠١ - ولو نقص سعرها أو زاد وهي باقية ردها ولا شيء عليه لانه لم يتعد في ذلك بشيء .

فصل

دفع دعوى السرقة بالوديعة

٧٨٠٢ - ولو حضر رجل وادعى على آخر عينا في يديه انه سرقها منه، فقال الذي هي في يديه ان هذه العين لفلان أودعني ذلك واقام على ذلك

بينة فانه لا يدفع الخصومة عن نفسه عند ابي حنيفة وابي يوسف ،
وقال محمد بن الحسن يدفع الخصومة •

فصل

تضمن الغاصبين على التفاضل (بالتضامن)

٧٨٠٣ - ومن غصب امة قيمتها الف درهم فرادت قيمتها حتى صارت
الف درهم ، ثم غصبها من الغاصب آخر ، فالمالك بالخيار ان شاء ضمن
الاول قيمتها الف درهم يوم غصبها ، وان شاء ضمنها للثاني يوم اخذها
الفين ، فان ضمن الاول رجع على الثاني بالفين ويتصدق بالفضل عندنا^(١)
وان ضمن الثاني لم يرجع على الاول بشيء وله ان يضمها جميعا ان شاء
على السواء وان شاء على التفاضل عند اصحابنا جميعا •

فصل

ادعى هلاك المغصوب

٧٨٠٤ - واذا ادعى الغاصب هلاك العين المغصوبة لم يصدق حتى
يحبس زمانا لو كانت موجودة اظهرها ، الا ان يقيم بينة بالهلاك فيضمن
القيمة لان القيمة بدل من العين •

فصل

القول قول الغاصب في العين وأوصافها

٧٨٠٥ - وان اختلفا في العين أو في صفة فيها أو صحتها أو عينها
فالقول قول الغاصب لانه المدعى عليه •

(١) تطبيقا لمبادئ الكسب دون سبب •

٧٨٠٦ - ولو ادعى عليه الغصب فانكر لكان القول قوله ، وكذلك القول قوله في مقدار ما قبض وسلم .

فصل

البينة بينة الغاصب

٧٨٠٧ - ولو اقام بيته ، فالبينة بينة المنصوب لانها تثبت الحق والزيادة ، وهو المدعى ايضا .

فصل

القول قول الغاصب في قيمة المنصوب

٧٨٠٨ - وان اختلفا في القيمة فالقول قول الغاصب والبينة بينة المنصوب منه ، لان من وجب عليه الضمان فالقول قوله فيما يؤدي .

فصل

ادعى الغاصب الرد

٧٨٠٩ - ولو ادعى الغاصب الرد وانكر المنصوب منه ذلك فالقول قول المالك انه ما استرجع ، لأن الاصل وجوب الضمان .

فصل

البينة بينة الغاصب في الرد

٧٨١٠ - ولو اقام بيته فالبينة بينة الغاصب لانها تثبت الامر الطارىء وهو الرد على المالك .

فصل

اختلافهما في الهلاك

٧٨١١ - ولو اختلفا في الهلاك فقال الغاصب هلك بعد ردى اياه ،

وقال المصوب منه هلك عندك ، فلقول قول المصوب منه لأن الغاصب يدعى براءة نفسه من الضمان والمالك ينفي ذلك •
٧٨١٢ - وإن أقام بينة فالبينة بينة الغاصب لأنها تثبت البراءة من الدين الذي عليه والحق الذي لزمه •

فصل

البينة بينة المصوب في التلف

٧٨١٣ - ولو أقام الغاصب البينة بالرد وأقام المصوب منه البينة أنها تلفت من ركوبه عند الغاصب فالبينة بينة لأنها تثبت الضمان الذي يفیه الغاصب فلا يقبل •

فصل

البينة بينة المصوب في نفي زيادة القيمة

٧٨١٤ - ولو قال الغاصب كانت القيمة يوم الغصب ألف درهم وإنما زادت قيمة العين بعد ذلك فلا يلزمي ضمان الزيادة ، وقال المصوب منه بل كانت هذه القيمة مع الزيادة التي نفاها الغاصب يوم الغصب فالبينة بينة المصوب منه •

٧٨١٥ - وكذلك قالوا في الراهن يقيم البينة على الزيادة انه تكون البينة بينة لان العين مضمونة عليه وكذلك الغاصب يتصرف في ملك غيره بغير اذنه ويريد ان يسقط الضمان عن نفسه وهو ثابت عليه فلا يقبل ان يصرفه الزيادة غير مضمون عليه (كذا) •

فصل

٧٨١٦ - وقد ذكر الشيخ ابو عبدالله البصري^(١) رحمه الله في شرح

(١) يراجع تاريخ الادب العربي لبروكلمان ترجمة الدكتور عبدالحليم

←

مختصر ابي الحسن الكرخي رحمه الله في كتاب الرهن هذه المسألة .
 وقال : ولا يشبه هذا الشهود عندي اذا رجعو لأن ما شهدوا به لم يكن
 مضمونا عليهم واذا كان المشهود عليه يدعى الزيادة على الشهود وهم
 ينكرون ذلك لم يصدق عليهم وكذلك احد الشريكين اذا اعتق نصيبه من
 العبد واختلفوا في قيمته يوم العتق ان القول قول المعتق لانه لم يكن ذلك
 مضمونا عليه . وكذلك اذا دبر الرجل عبده وحفر بئراً فوق فيها انسان
 واختلف في قيمة المدبر وما يلزم المولى المدبر لانه غير مضمون عليه ،
 والذي وجب له القيمة يدعى ضمان الزيادة فيجب ان لا يصدق ، قال
 وهذا القول محفوظ في المدبر وهو قولهم المرجوع اليه ، وما قلناه في
 الشهود فهو قياس قولهم وما قالوا في الرهن فمخفوظ عنهم ، فهذا الذي
 حكاه في ذلك .

فصل

ما يضمن ضمان الغصب

٧٨١٧ - وقد يجب الضمان على من ليس له حكم الغاصب في المأثم ،
 وهو من اشترى سلعة من السوق فبانت مستحقه وقد هلك في يده فان
 ذلك يضمن ضمان الغصب وليس بغصب ، وكذلك المقبوض على سبوم
 البيع والمقبوض عن بيع فاسد والوديعة اذا جحدت والشهود لو رجعوا ،
 وليس هذا ضمان غصب ، وانما هو مثل صورته مع اختلاف علة ذلك ،
 وهذا الاختلاف فيه ، واذ قد ذكرنا حكم اخذ المال على طريق الغصب
 وحكم الضمان بغير غصب وبقي هل يجب الضمان على من اكراه على اخذ
 مال غيره ، وهذا يعلم بذكر الاكراه .

النجار ، ج ٣ ص ٢٦٧ . وفي الفوائد البهية (ص ٦٧) : الحسن بن علي
 ابو عبدالله البصري المعتزلي ، قال الصيمري لم يبلغ أحد مبلغه في العلمين
 اي الفقه والكلام ، أخذ عن ابي الحسن عبدالله الكرخي عن البردعي عن
 نصير بن يحيى عن محمد . ومات سنة سبع وتسعين وثلاثمائة .

كتاب الإكراه وهذا كتاب الإكراه^(١)

الآيات والآثار الواردة في الإكراه

٧٨١٨ - قال الله تعالى (الا من اكراه وقلبه مطمئن بالايمان ، ولكن من شرح بالكفر صدرا فعليهم غضب من الله)^(٢) . الآية .
وقال تعالى : « وانه اسلم من في السموات والارض طوعا وكرها »^(٣) .
وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال (رفع عن امتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه)^(٤) .

فصل

٧٨١٩ - والاكراه قد اختلف الناس فيه وفي الاكراه الذي يبيح الفعل للفاعل ، وبأي شيء يكون مكرها ، وفي تعلق الاحكام به على ضروب من الخلاف كثيرة ، ورأيت لبعض اهل البصرة من المتأخرين كتابا في ذلك ، قد جمع فيه سائر الخلاف هو القاضي أبو محمد الشافعي^(٥) .

فصل

التسلط

٧٨٢٠ - والذي قال ابو حنيفة ان الاكراه الذي يسقط حكم الفعل

(١) جاء في لسان العرب : اجمع كثير من اهل اللغة ان الكره (بالفتح والضم) لغتان فبأي لغة وقع فجائر ، الا القرآن فانه زعم ان الكره بالضم ما اكراهت نفسك عليه والكره بالفتح ما اكراهك غيرك عليه .
يقول جئتكم كرهها وادخلتني كرها والكره بالضم والفتح المشقة .

(٢) النحل (١٦/١٠٦) .

(٣) آل عمران (٣/٨٣) .

(٤) في المحلى لابن حزم (٣٣٤/٨) : عن ابن عباس « عفى لا متى عن الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » .

(٥) الظاهر ان المقصود به قاضي القضاة ابو محمد بن معروف الشافعي المشار اليه في رسائل الصابي .

عن الفاعل ويتعلق الحكم بالمكره انما هو اكراه السلطان ، ولا يكون اكراه غيره اكراها •

وقال ابو يوسف ومحمد كل من كان مسلطا على المكره من سائر الناس كاللصوص والمتغلين فاكراهه اكراه لان التسلط موجود •

فصل

ما لا يكون إكراهاً

٧٨٢١ - وقال اصحابنا لا يكون اكراها بالقيد ، ولا بالحبس ولا بالضرب اذا هدد به ، وكذلك ، وكل ما لا يكون معه التلف من الاشياء فليس باكره • وقال غيرنا ذلك اكراه •

٧٨٢٢ - والصحيح ما قاله اصحابنا لان غاية ما يجوز ان يعتبر انما هو الاتلاف •

فصل

تعريف الإكراه

٧٨٢٣ - والاكراه هو حمل الغير على إتلاف مال غيره او نفسه أو فعل يفعله وهو مضطر اليه يخاف التلف ان لم يفعله •

فصل

أكرهه على إتلاف مال نفسه

٧٨٢٤ - واتفق الجميع على ان ركزه رجلا او اكره رجلا على إتلاف مال نفسه او قتل عبده أو حيوان له ففعل ذلك فلا ضمان على الفاعل المكره لانه آلة في فعله فصار (المكره) كانه هو الفاعل لذلك •

فصل

الإكراه على إتلاف مال الغير

٧٨٢٥ - وان أكره على إتلاف مال لغيره فعلى المكره والمكره

الضمان ، ولما لكانه ان يضمن ايهما شاء ، فان ضمن المكره رجع به على المكره وهذا لا خلاف فيه نعلمه .

فصل

الإكراه على قتل الغير

٧٨٢٦ - وان اكراهه على قتل غيره فقد ذكرنا ذلك في الجناية وذكرنا ما فيه من الاختلاف^(١) .

فصل

الإكراه على الكفر

٧٨٢٧ - وان اكراهه على كلمة الكفر لم يحكم بكفره ولم تبين زوجته في الاستحسان ، والقياس ان يحكم بالفرقة .

فصل

إكراه الذمي على الإسلام

٧٨٢٨ - ولو اكراه الذمي على الاسلام صار مسلماً عند اصحابنا .

٧٨٢٩ - وقال الشافعي لا يكون مسلماً .

٧٨٣٠ - واتفق الفريقان على ان الحربي يصح اكراهه على الاسلام

والاكراه لا يختلف بالذمي والحربي .

فصل

الإكراه على إفساد العبادات

٧٨٣١ - ولو اكراه على افساد سائر العبادات فسدت عندنا الطهارة

والصلاة والصوم والاعتكاف ، وقال الشافعي يفسد ذلك الا الصوم والحج .

(١) مختصر الطحاوي (ص ٤٠٩ - ٤١٠) .

فصل

الإكراه على النكاح

٧٨٣٢ - ولو أكره على النكاح انعقد عندنا ، فإن كان الزوج كفوءاً فلا خيار لها ولا للأولياء في الفسخ .

٧٨٣٣ - وقال الشافعي النكاح باطل والطلاق والعتاق مثل ذلك عندنا . وقال الشافعي الجميع باطل ويضمن قيمة العبد المكره (على اعتاقه) ومهر الزوجة الذي يقضى لها [به] قبل الدخول ، ولا ضمان على المكره للمرأة إذا كان قد دخل بها .

فصل

أكرهت على النكاح بألف

٧٨٣٤ - ولو أكرهت على النكاح بألف درهم فإن كان مهر مثلها فلا خيار لها وإن كان أقل فإن رضيت تم النكاح والصداق وللولي أن يفسخ ذلك ويتم المهر عند أبي حنيفة خلافاً لما ليس له ذلك وتلزم التسمية التي سماها وقد مضت في النكاح .

فصل

الإكراه على الطلاق

٧٨٣٥ - ولو أكرهها على قبول الطلاق بألف وقع الطلاق ولم يلزمها المال ، فإن رضيته صار الطلاق بائناً عند أبي حنيفة بناءً على أن الطلقة الرجعية له أن يجعلها ثلاثاً وبائناً ومحمد يقول لا يصير ذلك بائناً وقد مضت .

فصل

الإكراه على شرب الخمر

٧٨٣٦ - ولو أكره على شرب الخمر فله شربها ولا حد عليه وإن

سكر لانه يباح لاجل الضرورة والخوف على النفس •

فصل

الإكراه على الزنا

٧٨٣٧ - ولو اكراه على الزنا بامرأة بما يخاف التلف نرنا فعليه الحد
في قول ابي حنيفة الاول وهو قول زفر •

٧٨٣٨ - وقال ابو يوسف ومحمد لا حد عليه وهو قوله الثاني •

٧٨٣٩ - لانه شبهة والحدود تدرأ بالشبهات ، وزفر يقول الانتشار
لا يحصل من غير اختيار وشهوة فيرتفع الاكراه ويجب الحد •

فصل

أكراه على عتق نصف عبده

٧٨٤٠ - ولو اكراه رجلا على ان يعتق نصف عبده فاعتقه كله لم
يضمن عند ابي حنيفة ويضمن عندهما ولو اكراه على ان يعتق كله فعتق
نصفه ضمن نصف قيمته عند ابي حنيفة وعنهما يضمن جميع القيمة •

فصل

الإكراه على العقود

٧٨٤١ - والاكراه على سائر العقود التي يصح رفعها بعد ثبوتها
ويجوز شرط الخيار فيها يؤثر تأثير شرط الخيار فلا يمنع الانعقاد عند
اصحابنا ويمنع اللزوم •

٧٨٤٢ - وقال الشافعي يمنع اللزوم والانعقاد جميعا •

فصل

الإكراه على قطع يد

٧٨٤٣ - ومن اكراه رجلا على قطع يده وسع المأمور ذلك ووجب

القصاص على المكره عند ابي حنيفة ومحمد واختلف اصحابنا عن ابي يوسف ، منهم من قال يجب عليه القود ، ومنهم من قال لا قصاص عليه .
٧٨٤٤ - والصحيح عندنا على قياس قوله في النفس ان لا قصاص في الطرف على المكره وعليه ذية اليد في ماله .

فصل

الإكراه على إلقاء نفسه في النار

٧٨٤٥ - ولو قال لرجل ان لم تلق نفسك في النار والا قتلتك فان كان بحيث ينجو منها وقد لا ينجو وسعه القاء نفسه في النار ، فان مات وجب القصاص على المكره ، عند ابي حنيفة ومحمد والرواية قال بعض اصحابنا عن ابي يوسف انها مشبهة ، وان كان بحالة لا ينجو من ذلك فان كان له في ذلك ادنى راحة وسعة القاء نفسه عند ابي حنيفة .
٧٨٤٦ - وقال محمد لا يسعه ان يلقي نفسه ، فان فعل فهلك فالقصاص على المكره ، في قول ابي حنيفة ومحمد .

فصل

٧٨٤٧ - وقال ابو يوسف عليه الدية بلا اشتباه عنه في ذلك .

فصل

٧٨٤٨ - وان كان لا راحة له في ذلك فالتقى نفسه فتلف قدمه هدر في قياس قولهم جميعا لانه يصير هو القاتل لنفسه فيسقط دمه بفعله .

فصل

٧٨٤٩ - ولو قال له ، لاقتلك أو ترمى نفسك من شاهق الجبل فان كان بحال قد ينجو وقد لا ينجو وسعه القاء نفسه في قول ابي حنيفة ولا يسعه في قول محمد ، فان القى نفسه فمات فالدية على المكره ولا قصاص .

٧٨٥٠ - وقال محمد عليه القصاص وصار كأنه قتل نفسه بحجر

عظيم •

٧٨٥١ - وعند أبي يوسف تجب الدية في ماله •

فصل

٧٨٥٢ - والخلاف في إكراهه على القاء نفسه في ما مثل ذلك عند أبي حنيفة تجب الدية على المكره • وعندهما على المكره القصاص هو الواجب بناءً على من قتل بالماء وغرق •

فصل

قال له اقتلني فقتله

٧٨٥٣ - واختلف أصحابنا إذا قال الرجل لآخر اقتلني فقتله فمات

فعلى القاتل الدية ولا قصاص عند أبي حنيفة ، كذا روى الطحاوي (١) •

٧٨٥٤ - ولو قال اقطع يدي ففعل فلا شيء عليه في قولهم المشهور •

فصل

٧٨٥٥ - وقال في اختلاف زفر لو أن رجلاً قال لرجل اقتلني فقتله

عمدا فعليه القصاص وإن قال اقطع يدي فقطعها فمات فلا قصاص عليه •

فصل

قال له اقتل ابني

٧٨٥٦ - ولو قال اقتل ابني أو اقطع يده فمات وقد فعل ذلك فعلى

الفاعل القصاص • وقال أبو يوسف في قتل نفسه لا شيء على الفاعل

واستحسن أن أجعل عليه في قتل ابنه الدية •

(١) لم يرد في مختصره •

فصل

اقطع يد ابني

٧٨٥٧ - ولو قال له اقطع يد ابني ففعل فعليه القصاص في ذلك لان القطع ثبت للابن والقصاص ثبت للاب وليس هو بمكره للفاعل بل آمن له بذلك . وفرق بين ان يأمر بالقتل وبين ان يكرهه على ذلك لان الامر لا قصاص عليه عندنا . وقد خالف ذلك مالك وأوجب القصاص على الأمر في المسك ايضا . وقد روى ابن زياد عن ابي حنيفة مثل قول ابي يوسف الذي حكيناه وروى عنه ايضا مثل قوله في وجوب القصاص في قوله اقتلني .

فصل

أكراه رجلاً على قطع يد آخر

٧٨٥٨ - ولو أكره رجلاً على قطع يد آخر ففعل ثم قطع رجله بلا إكراه ثم مات من ذلك فعلى الجميع القصاص في قول ابي حنيفة ومحمد .
٧٨٥٩ - وقال ابو يوسف لا قصاص عليهما جميعاً وعليهما الدية في مالهما بناء على اصل كل واحد منهم لان قطع اليد يجب فيه القصاص على المكره لو تعقبه الموت . وكذلك قطع الرجل اذا انفرد فاذا اجتمعا كان المكره قطع اليد والمكره قطع الرجل ومات فيجب القصاص عليهما جميعاً كذلك هذا .

٧٨٦٠ - وابو يوسف يقول القطع الاول لا يتعلق به قود لو انفرد على واحد منهما ، فاذا وجد معه ما يجب به القود صارت النفس قد خرجت عن عمد وغير عمد فلا يجب القصاص على احد .

فصل

الإكراه على اللعان

٧٨٦١ - واذا ادعت امرأة قذفاً على زوجها وهي كاذبة في ذلك

واكرهه القاضي على اللعان فان لاعن باختياره وقعت الفرقة في الظاهر والباطن ، وان كان مكرها فكذلك (عند) ابي حنيفة •

٧٨٦٢ - وقال ابو يوسف ومحمد يقع في الظاهر دون الباطن بناء على ان حكم الحاكم ينفذ ظاهرا وباطنا عند ابي حنيفة خلافا في الظاهر وهو قول الشافعي •

فصل

رفع المأثم

٧٨٦٣ - واجمع الجميع ان الاكراه لا يؤثر في رفع الفعل وان أثر في رفع المأثم في بعض الوجوه دون بعض • واذا قد ذكرنا حكم الاكراه وكيفيته وكان الانسان يكره على ما يجب به الحد تارة مع الطوع وتارة لا يجب وجب ان نذكر ذلك ونبينه وهذا يقتضي ان نذكر الحدود واحكامها •

كتاب الحدود^(١)

٧٨٦٤ - والحدود المشروعة في كتاب الله تعالى أربعة :

- ١ - حد الزنا^(٢) .
- ٢ - وحد القذف^(٣) .
- ٣ - وحد السرقة^(٤) .

(١) الحد : لغة المنع وما يحجز بين شيئين فيمنع اختلاطهما وأشرعا عقوبات معينة نصا على ارتكاب افعال معينة وسميت هذه العقوبات حدودا لكونها تمنع عن المعادة ويطلق الحد على التقدير وعلى نفس المعصية (انظر سبل السلام ٣/٤) وقد عرف الشرييني الحد الشرعي بقوله (٢٢٠/٢) « عقوبة مقدرة وجبت زجراً عن ارتكاب ما يوجبه » .

(٢) الزنا بالقصر لغة حجازية وبالملة لغة تميمية .

(٣) قذف بالشئ يقذف قذفاً فانقذف رمي ، والتقاذف الترامي . وقوله تعالى : ان ربي يقذف بالحق علام الغيوب ، قال الزجاج : معناه يأتي بالحق ويرمي بالحق ، كما قال بل نقذف بالحق على الباطل فيدمغه . وقوله تعالى ويقذفون بالغييب في مكان بعيد . وقذفه به اصابه ، وقذفه بالكذب كذلك وقذف الرجل اي قاء ، وقذف المحصنة اي سبها . وفي حديث هلال بن امية انه قذف امرأته بشريك ، القذف ههنا رمي المرأة بالزنا أو ما كان في معناه ، واصله الرمي ، ثم استعمل في هذا المعنى حتى غلب عليه . وفي حديث عائشة وعندها قينتان تغنيان بما تقاذفت به الانصار يوم بُعث اي تشامت في اشعارها وارجيزها التي قالتها في الحرب والقذف السب ، وهي القذيفة . والقذف بالحجارة الرمي يقال : هم بين حاذف وقاذف ، وحاذ وقاذ على الترخيم فالحاذف بالحصا والقاذف بالحجارة . (لسان العرب) .

(٤) سرق الشيء يسرقه سرقاً وسرقاً واسترقه ، الاخيرة عن ابي الاعرابي . والاسم السرقة والسرق بكسر الراء فيهما ، وربما قالوا

٤ - وحد قاطع الطريق *

قال الله تعالى (الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة)^(١) .

وقال (والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة)^(٢) الآية .

وقال (والسارق والسارقة فاقطعوا ايديهما)^(٣) .

وقال (انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الارض فسادا ان يقتلوا أو يصلبوا أو تقطع ايديهم وارجلهم من خلاف أو ينفوا من الارض)^(٤) الآية .

فصل

حد الزنا ضربان

٧٨٦٥ - فحد الزنا على ضربين ، منه ما يجب به اتلاف النفس وهو زنا المحصن ، وما يجب به الجلد دون الرجم *

→

سرقة مالا . والسرق مصدر فعل السارق ، تقول برئت اليك من الابق والسرق في بيع العبيد ، ورحل سارق من قوم سرقة وسرق وسروق من قوم سرق وسروقه ، ولا جمع له . ابن عرفة في قوله تعالى والسارق والسارقة قال : السارق عند العرب من جاء مستترا الى حرز فاخذ منه ما ليس له ، فان اخذ من ظاهر فهو مختلس ومستلب ومنتهب ومحترس ، فان متع مما في يديه فهو غاصب .

(١) النور ٢/ ٢٤ .

(٢) النور ٤/ ٢٤ .

(٣) المائدة ٣٨/ ٥ .

(٤) المائدة ٣٣/ ٥ .

فصل

ما يجب به الجلد

٧٨٦٦ - وما يجب به الجلد تختلف الحال فيه من الاحرار والعبيد .
ونكل من ذلك شروط . ونحن نفصل انواع حد الزنا وتبين كل قسم منه
ثم نتلوه بما قدمنا في أول الباب الى آخره ان شاء الله .

فصل

الزنا كبيرة

٧٨٦٧ - وفعل الزنا كبيرة من الكبائر التي توعد الله تعالى عليها بالنار
وقرنها الى القتل والشرك فقال (والذين لا يدعون مع الله الهاً آخر ولا
يقتلون النفس التي حرم الله الا بالحق ، ولا يزنون ، ومن يفعل ذلك يلق
آثاماً ، يضاعف له العذاب يوم القيامة ، ويخلد فيه مهاناً الا من تاب)^(١) .

فصل

الحد زاجر

٧٨٦٨ - والحد وضع لزجر الزاني عن مثل ما فعل في مستقبل امره
وعقوبة عما فعل .

٧٨٦٩ - وانما سميت حدود الله لأنها زواجر بين العبد ، وبين
ما حرمه الله تعالى عليه وتعبده بالترك له ، لان الطبع يميل الى فعل ذلك
ويؤثره فلا بد من زاجر ليصح ان يخاف المكلف من فعله به اذا ارتكبه ،
وعلم الله تعالى ان من الناس من لا يتقى بوعيد الآخرة ويسوف نفسه بالتوبة
ويتعجل فعل الملة فشرع ما شرعه في الدنيا من الجزاء واخبرنا بما اعد
لفاعله في الآخرة من البلاء ليكون تعالى قد بالغ في الامر المنهي عنه بالبلغ

(١) الحج ٢٢/٦٢ .

الامور ، ويصح مع ذلك معنى التكليف الذي هو مأخوذ من الكلفة فيستحق الثواب على ما حمل النفس من المشاق ، ولهذا جميع ما امر به الله تعالى ثقيل على النفس فيه اعظم كلفة وما نهى عنه هو ما في النفس باعث عليه ، وهذا يحصل مع التأمل لكل عاقل منصف •

فصل

اختلاف التكليف في التعبد

٧٨٧٠ - ثم لم يسو بين جميع المكلفين في التعبد من تساويهم في فعل الذنب لما علم من صلاح كل شخص فيما شرع عليه واوجب ففرق بين المحسن والبكر والحر والعبد فلو علم انهم في الحكم سواء لما فرق بينهم مع التساوي في العقل ، فلما فرق دل بذلك العلماء بان هناك معنى غامضاً لاجله اختلف التكليف •

فصل

شرط الإحصان

٧٨٧١ - والاحصان شرط يكمل به المكلف ، والحد يجب بفعل الزنا لا بالاحصان لانه مباح فعل شرائطه وواجب أو ندب وذلك لا يستحق به عقوبة •

فصل

معنى الإحصان

٧٨٧٢ - والاحصان ان يتزوج الحر البالغ بحرة بالغة ويكونا عاقلين مسلمين^(١) ويطأ بعد البلوغ في الفرج فاذا اجتمع البلوغ والعقل والاسلام

(١) لا يشترط بعض المذاهب في احصان المسلم ان تكون زوجته مسلمة •

والنكاح والجماع في الفرج بعد البلوغ منهما جميعا فقد صارا بذلك محصنين •

٧٨٧٣ - فالبلوغ يعتبر ليكمل الشخص ويخرج من حد الصبا ، والعقل يعتبر ليصح التكليف ، والاسلام المطلوب بالتكليف والمعنى الذي به تقع الرغبة في الثواب والخيفة من العقاب بالعقل والنكاح الصحيح الذي لا فساد فيه لانه المأمور به والذي يقر الشرع عليه والاصابة فيه لانها التي يحصل بها الاعفاف عن طلب النفس الجماع •

فصل

من لا يحصن بهن

٧٨٧٤ - فعدنا الكبير لا يصير محصنا بصغيرة ، ولا العاقل بمجنونة ، ولا المسلم بكافرة ، ولا المولى بملك اليمين •

٧٨٧٥ - وقال الشافعي الاسلام ليس بشرط في الاحصان لان النبي عليه السلام رجم يهوديين زنيا •

٧٨٧٦ - واصحابنا قالوا ان هذا كان عملا بشرع اهل الكتاب فعله بيان معجزة النبوة حيث وضع يده على آية الرجم من التوراة ، فكان كما قال في ذلك •

٧٨٧٧ - وقد قال ابن عمرو ، وهو راوي الخبر من اشرك بالله فليس محصن وسئل عن رجل يريد ان يتزوج بذمية فقال : انها لا تحصنك ، وعلى ان فعل النبي عليه السلام لا يدل على الوجوب ، ولان ما فيه من الكفر اعظم من فعل الزنا وهو لا يوجب القتل ، والزنا اولى بذلك •

فصل

٧٨٧٨ - وقال ابو حنيفة ومحمد ان المسلم لا يحسن النصرانية ولا تحصنه •

٧٨٧٩ - وعن ابي يوسف ان المسلم يحسن النصرانية وانها لا تحصنه •

٧٨٨٠ - وقد اجمع الجميع على ان الذمي لا يجب بقذفه الحد رجلا كان أو امرأة •

٧٨٨١ - واذا كان الاسلام شرطا في حد القذف ففي الزنا مثله لانه يدل على الكمال •

فصل

ثبوت حد الزنا وما ورد فيه من الآثار

٧٨٨٢ - واذا ثبت الاحصان اما باقراره أو شهادة الشهود بالاخص فان الحاكم يتقدم بالرجم اذا اقر بالزنا عنده أو شهد بذلك الشهود ووصفوا الزنا وانهم شاهدوا ذكره في فرج المرأة كالليل في المكحلة فان الرجم مستحق عليه •

فصل

هل يجمع بين الرجم والجلد؟

٧٨٨٣ - ولا يجمع عليه بين الرجم والجلد لان النبي عليه السلام رجم ماعزا ولم يجلده (١) •

(١) في نيل الاوطار (٩٨/٧) « عن جابر بن سمرة ان رسول الله (ص) رجم ماعز بن مالك ولم يذكر جلداً » • رواه احمد •

وقال (اغد يا أنيس على امرأة هذا فان اعترفت فارجمها)^(١) ولم
يوجب الجلد^(٢) .

(١) في بداية المجتهد (٣٦١/٢) خرج اهل الصحاح عن أبي هريرة
وزيد بن خالد الجهني انهما قالا : ان رجلا من الأعراب اتى النبي (ع) قال :
يا رسول الله انشدك الله الا قضيت لي بكتاب الله ، فقال الخصم وهو افقه
منه : نعم اقض بيننا بكتاب الله واذن لي ان اتكلم .

فقال له النبي : قل .

فقال : ان ابني كان عسيفا (اجيرا) على هذا فزني بامراته واني
اخبرت ان على ابني الرجم ، فافتديته (فافتديت منه) بمائة شاة ووليدة ،
فسألت اهل العلم ، فآخبروني ان على ابني جلد مائة وتقريب عام ، وان
على امرأة هذا الرجم .

فقال رسول الله (ص) والذي نفسي بيده لا قضين بينكما بكتاب الله .
اما الوليدة والغنم فرد عليك ، وعلى ابنك جلد مائة وتقريب عام . واغد
يا أنيس على امرأة هذا فان اعترفت فارجمها . متفق عليه واللفظ لمسلم .
فقد اعطى أنيس فاعترفت فامر النبي (ص) بها فرجمت .
(وانظر ايضا بلوغ المرام في ادلة الاحكام لابن حجر العسقلاني ، ط دار
الكتاب العربي ، ص ٢٢٤ ، ونيل المرام ٩٧/٧) .

(٢) في بداية المجتهد (٣٦٠/٢ - ٣١٦) قال الجمهور : لا جلد على
من وجب عليه الرجم .

وقال الحسن البصري واستحق واحمد وداود : الزاني المحصن يجلد
ثم يرجم .

عمدة الجمهور ان رسول الله (ص) رجم ماعزا ورجم امرأة من جهينة
ورجم يهوديين وامرأة من عامر من الازد ، كل ذلك مخرج في الصحاح ،
ولم يرو انه جلد واحدا منهم .

ومن جهة المعنى ان الحد الاصغر ينطوي في الحد الاكبر ، وذلك ان
الحد انما وضع للزجر ، فلا تأثير للزجر بالضرب مع الرجم .

وعمة الفريق الثاني عموم قوله تعالى « الزاني والزانية فاجلدوا »

←

ومن الفقهاء من قال يجمع عليه بين الجلد والرجم لان النبي عليه السلام قال « الثيب بالثيب الجلد والرجم بالبكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام »^(١) وهذا عندنا منسوخ بخبر ماعز وما ذكرناه من العسف ويثبت الدخول باقراره بذلك أو بولد يكون منه فيشهد عليه بذلك ، ويكفى ان يقول (كان ثبت ذلك باقراره) .

فصل

بدء الشهود بالرجم

٧٨٨٤ - وان كان بشهادة الشهود بدأ الشهود برجمه ، ولا يرجم حتى يبدأ الشهود ، فان غابوا أو ماتوا لم يرجمه عند ابي خيفة ومحمد .
٧٨٨٥ - وقال ابو يوسف : يرجعه .
٧٨٨٦ - لانهم اذا لم يفعلوا ذلك فليس احد من سواهم اعلم بذلك .

فصل

كيفية الرجم

٧٨٨٧ - والرجل لا يحفر له اذا رجم والمرأة يحفر لها الى ثوبها ،



كل واحد منهما مائة جلدة « فلم يخص محصن من غير محصن » .
واحتجوا ايضا بحديث علي (رض) اخرجته مسلم وغيره ان عليا (رض) جلد شراحة الهمدانية يوم الخميس ورجمها يوم الجمعة . وقال جلدتها بكتاب الله ورجمتها بسنة رسوله .
وحديث عبادة بن الصامت وفيه ان النبي (ع) قال : خذوا عني ، قد جعل الله لهن سبيلا البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام ، والثيب بالثيب جلد مائة والرجم بالحجارة » .
(١) روى هذا الحديث في بلوغ المرام لابن حجر العسقلاني .
(ط . دار الكتاب العربي ، ص ٢٢٤) على النحو الآتي : عن عبادة بن الصامت (رض) قال : قال رسول الله (ص) : خذوا عني خذوا عني ، فقد جعل الله لهن سبيلا ، البكر بالبكر جلد مائة ونفي سنة ، والثيب بالثيب جلد مائة والرجم » رواه مسلم . وقوله : فقد جعل الله لهن سبيلا اشارة الى قول الله تبارك وتعالى « فامسكوهن في البيوت حتى يتوفاهن الموت أو يجعل الله لهن سبيلا » .

ثم ترجم وهي مخمرة بخمارها^(١) ، وإذا مات الرجل أو المرأة من ذلك فإنه يغسل ويكفن ويصلى عليه ويدفن في مقابر المسلمين ويكون ميراثه لورثته من المسلمين ، وبهذا جاءت السنة ، وهو قول جميع الفقهاء .

فصل

رجم المريض والمريضة

٧٨٨٨ - ويرجم المريض والمريضة لأن المقصود قوات الروح لا غيره وذلك لا يمنع منه المرض .

فصل

٧٨٨٩ - وإن كانت امرأة حاملا فإنها لا ترجم حتى تضع حملها ويكون لولدها من يرضعه ، فإن لم يكن له من يرضعه فإنها تترك حتى تكون المربة له .

فصل

قبول رجوع المحدود بحد يجب بالإقرار

٧٨٩٠ - وإن كان الحد يجب بإقرار المقر فرجع عن ذلك قبل إقامة الحد قبل رجوعه رجلا كان أو امرأة لأن ما عزا لما هرب فاعلم النبي صلى الله عليه وسلم بذلك قال : هلا تركتموه .

فصل

٧٨٩١ - وإن كان ثبت ذلك بينه لم يقبل رجوعه ولم يترك ليهرب ، ولا خلاف في ذلك .

(١) في بلوغ المرام (ص ٢٢٦) أن امرأة من جهينة اتت النبي وهي حبلى من الزنا فقالت يا رسول الله أصبحت حدا فاقمه علي ، فدعا رسول الله (ص) وليها فقال : احسن إليها ، فإذا وضعت فأنتني بها ، ففعل فأمر بها فشكت عليها ثيابها ثم أمر بها فرجمت ، ثم صلى عليها . . . ، رواه مسلم .

فصل

الإقرار أربع مرات

٧٨٩٢ - ولا يثبت الحد عليه حتى يقر أربع مرات في أربعة مجالس من مجالس القاضي •

٧٨٩٣ - ومن اصحابنا من قال يمر ويحيء أربع مرات وان كان في مجلس واحد فيعتبر مجالس المقر وهو قول ابن أبي ليلى •

٧٨٩٤ - وقال الشافعي يثبت بإقراره مرة واحدة كما تثبت سائر الحقوق ، ولو كان كسائر الحقوق لم يجز له الرجوع عما أقر ، والخبر في ما عر أنه أقر أربع مرات وهناك قال عليه السلام ، الآن وجب الحد •

فصل

٧٨٩٥ - ولو فرق الإقرار في أشهر أو سنين فهو واحد ويحد به •
٧٨٩٦ - وقد ذهب الخوارج الى ان الرجم منسوخ بالآية ، والعلماء على خلاف ما قالوا والعمل بالسنة وقد رجم عمر بن الخطاب رضى الله عنه ولم ينكر عليه احد ذلك •

فصل

٧٨٩٧ - ولا بد ان تكون المزنى بها ممن لا شبهة له فيها والفعل لا شبهة فيه والفاعل لا شبهة له حتى يجب الحد •

فصل

٧٨٩٨ - وقد قال اصحابنا ، لو اختلف الشهود في الازمان والاماكن والبيوت فان ذلك شبهة تسقط الحد عن الشهود والمشهود عليه خلاف زفر يحد الشهود •

فصل

اختلاف الشهود في زوايا البيت

- ٧٨٩٩ - ولو اختلفوا في زوايا البيت فليس بخلاف ويقام الحد على المشهود عليه ، وقال زفر لا يقام وهو قول الشافعي •
- ٧٩٠٠ - لانه يمكن ان يكون فعلا واحدا ابتداء باوله وتم في آخر زاوية •

فصل

اختلاف الشهود في الألوان

- ٧٩٠١ - ولو قال البعض سمراء أو طويلة أو قصيرة ، وقال الآخرون بخلاف ذلك من الألوان والهيئة فليس باختلاف •
- ٧٩٠٢ - وقال زفر ذلك اختلاف ويحد الشهود •

فصل

شهادتهم على الترتيب

- ٧٩٠٣ - ولو شهدوا واحدا بعد واحد حتى تم العدد اربعة في مجلس واحد اقيم الحد على المشهود عليه وان جاءوا في مجلس واحد حدوا جميعا وكانوا قذفه •
- ٧٩٠٤ - وقال الشافعي ان جاءوا مجيء الشهادة لم يحدوا مع التفريق •

فصل

رجوع الشهود

- ٧٩٠٥ - ورجوع الشهود قد تقدم في باب الرجوع وذكرنا ما فيه من الخلاف فيطلب هناك •

فصل

الجلد

٧٩٠٦ - فاما الجلد فعلى الحر البكر والحررة البكر اذا زنيا جلد مائة
وتغريب عليهما مع ذلك وقال الشافعي يغرب كل واحد من البكرين حولا
كاملا ، وليس في الآية ذكر للتغريب ، وهي ناسخة لخبر عبادة ، وخبر
عبادة ناسخ لآية النساء وهي اولى بالعمل ، وقد غرّب عمر بن الخطاب
رضي الله عنه رجلا فارتد عن دينه فقال : لا اغرب بعده احدا ، لانه زيادة
في حكم النص ، ولا يثبت بخبر واحد ، وقد ترك الشافعي رحمه الله الجلد
مع الرجم ، في خبره الذي احتج به فكذلك التغريب^(١) .

فصل

٧٩٠٧ - وعلى العبد النصف من ذلك ، والامة والعبد سواء ، ومن
الناس من يقول العبد كالحرة والامة على النصف ، وهو من اهل الظاهر .
٧٩٠٨ - وقال مالك العبد لا يغرب لانه يضر بمولاه ، وكذلك الامة .
٧٩٠٩ - وقال بعض اصحاب الشافعي يغرب نصف حول .

فصل

٧٩١٠ - ولا يقام الحد في البرد المفرط ولا الحر المفرط ولا على
مريض ولا حامل ولا نساء ، ولا يقام الا في وقت مأمون .

فصل

٧٩١١ - ويضرب جميع البدن الا الوجه والفرج والرأس ويفرق
الضرب على جميع الاعضاء .

(١) التغريب هو النفي .

٧٩١٢ - وقال الشافعي الظهر وجده .

٧٩١٣ - وقال ابو يوسف يضرب الرأس ايضا .

فصل

٧٩١٤ - ويضرب الرجال قياما والنساء قعودا .

فصل

٧٩١٥ - ولا يرفع يديه في الضرب ، ويكون بسوط ، قد دفنت
ثمرته^(١) .

٧٩١٦ - ومن اكره امرأة على الوطء فلا مهر عليه وعليه الحد عند
اصحابنا .

٧٩١٧ - وقال الشافعي يجب الحد والمهر .

٧٩١٨ - ولو وجب المهر ملك البضع وكان يحد في ملكه^(٢) .

(١) كذا والعبارة مصحفة وصوابها على ما يظهر ويكون بسوط قد
قطعت ثمرته يدل على ذلك ما جاء في جامع مسانيد الامام (٢/٢١٨)
« عن ابي حنيفة . . . ان رجلا أتى بابن اخ له نشوان الى عبدالله بن
مسعود (رض) فطلب له عبدالله عذرا فلم يجد له عذرا فأمر بحبسه ، فلما
صحا دعا به ودعا بسوط فأمر به فقطعت ثمرته الخ » .

(٢) في بداية المجتهد (٢/٣٦٥) « لا خلاف بين اهل الاسلام ان
المستكره لا حد عليها ، وانما اختلفوا في وجوب الصداق لها :

وسبب الخلاف هل الصداق عوض عن البضع أو هو نحلة ؟

فمن قال عوض عن البضع أوجب في البضع في الحلية والحرمة

ومن قال انه نحلة خص الله به الأزواج لم يوجب » .

والراجع عندي انه في المستكره « عوض عن البضع » على حد تعبيرهم

أي تعويض عن الضرر الذي اصاب المستكره في عرضها وشرفها ، وانه

لا يعد بالتالي نحلة أو صداقا يمنع الحد .

وهذا مثال على ان اختلاف الفقهاء في مفاهيم الالفاظ ربما أدى وقوف

بعضهم عند ظاهر اللفظ ففاته التصور السليم لحقيقة الوقائع .

فصل

٧٩١٩ - وان اقر بزنا امرأة غائبة أو حاضرة فانكرت فلا حد عليه ،
وقال الشافعي يحد •

فصل

٧٩٢٠ - ولا حد على من وطئ بشبهة ولا من زفت اليه غير امرأته
ولا على شريك في جارية شريكه •

فصل

٧٩٢١ - ولا على من استأجر امرأة للزنا عند ابي حنيفة حد ، وقال
يجب الحد ، وهو قول الشافعي •

فصل

٧٩٢٢ - ولا يجب الحد بغير الوطء في الفرج عند ابي حنيفة •
٧٩٢٣ - وقال الشافعي يجب بالوطء في الدبر^(١) •

فصل

٧٩٢٤ - ولا يجب بالوطء فيما دون الفرج ويجب التعزير بذلك •

فصل

٧٩٢٥ - والتعزير عند ابي حنيفة ان ينقص من اربعين سوطا واحدا
أو ما شاء ، وقد روى عن ابي يوسف خمسة وسبعون سوطا وروى تسعة
وسبعون سوطا •

(١) وفي المذهب الحنبلي ايضا حد اللوطى كحد الزاني (زاد المستقنع
للمقدسي ، ص ١٦٥) وفي شرائع الاسلام للمحقق الحلبي من فقهاء الشيعة
عرف بكونه « يتحقق بغيبوبة الحشفة قبلا أو دبرا » (ق ١٤٩ / ٤ منه) •

٧٩٢٦ - وقال بعض الفقهاء ما يراه الامام ولو بلغ به القتل ، وحكام
الطحاوي في المختصر •

فصل

٧٩٢٧ - ومن مات من الضرب في الحد فلا ضمان على الامام في بيت
المال ولا في ماله لانه مات يحق خلاف الشافعي •

فصل

٧٩٢٨ - ولو وجد الشهود عيدا أو محدودين في قذف غرم دية
المقتول من بيت المال لانه غلط في الحكم وقد مضى في اول الكتاب بيان ذلك •

فصل

٧٩٢٩ - ولا يحلف القاضي في الزنا وقد مضى في الايمان ما يحلف
فيه وما لا يحلف •

فصل

٧٩٣٠ - ولا يقبل في ذلك شهادة النساء مع الرجال وقد مضى لانه
قال تعالى (ولم يأتوا بأربعة شهداء) •

فصل

٧٩٣١ - ولو وطئ العاقل مجنونة أو صبية فعليه الحد ولا حد على
المجنونة والصغيرة •

فصل

٧٩٣٢ - ولو دعت العاقلة مجنونا الى نفسها فلا حد عليها عندنا لانه
ليست بزانية لان فعل الرجل هو المتبوع •

٧٩٣٣ - وقال الشافعي يجب عليها الحد لانه لا عورة بكونه مجنونا •

فصل

- ٧٩٣٤ - ولا حد على من وطئ بهيمة ولا ميتة .
٧٩٣٥ - وقال الشافعي يجب الحد ، وما دون الفرج ادعى في الشهوة من البهيمة ولا يسمى زنا .

فصل

- ٧٩٣٦ - واذا وطئ امة زوجته أو امة ابيه او امه وقال ظننت انها تحل لي فلا حد ، وقال زفر عليه الحد . ولو قال : انا اعلم انها حرام حد في قولهم جميعا .
٧٩٣٧ - وقالوا في الأب يوطأ جارية ابنه انه لا يحد في الوجهين وذكر جميع المسائل فلا يمكن وانما هذه اصول .

فصل

مستأمن يزني

- ٧٩٣٨ - وقا قال اصحابنا لو زنا المستأمن بمسلمة أو ذمية في دار الاسلام فلا حد على الرجل وعلى المرأة الحد عند ابي حنيفة .
٧٩٣٩ - وقال ابو يوسف يحدان جميعا .
وقال محمد لا حد على واحد منهما .
٧٩٤٠ - وكذلك الخلاف لو زنا المسلم بذمية أو مستأمنة .
وهذا حكم الحد من طريق الفعل فاما من طريق القول فهذا (يرد) في باب حد القذف .

باب حد القذف

وهذا باب حد القذف^(١)

عقوبة القاذف

٧٩٤١ - ومن قذف امرأة حرة مسلمة بالغة بزنا ولم يأت بأربعة شهود يشهدون بما قال فعليه الحد ثمانون جلدة ، وتسقط شهادته من الشهادات ، ولا تقبل له بعد ذلك شهادة أبدا وإن تاب عند أصحابنا^(٢) .

(١) والاصل في حد القذف قوله تعالى « والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة . ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا ، وأولئك هم الفاسقون » الا الذين تابوا من بعد ذلك واصلحوا فان الله غفور رحيم » (النور ٢٤/٤) .

(٢) جاء في بداية المجتهد لابن رشد (٣٦٧/٢) في صدد ما يترتب على توبة القاذف :
« اتفقوا على انه يجب على القاذف مع الحد سقوط شهادته ، ما لم يتب .

واختلفوا اذا تاب :

فقال مالك تجوز شهادته ، وبه قال الشافعي .
وقال ابو حنيفة لا تجوز شهادته أبدا .

والسبب في اختلافهم هل الاستثناء يعود الى الجملة المتقدمة [في آية رمي المحصنات] أو يعود الى اقرب مذكور ، وذلك في قوله تعالى (ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا ، وأولئك هم الفاسقون الا الذين تابوا) .

فمن قال يعود الى اقرب مذكور ، قال : التوبة ترفع الفسق فلا تقبل شهادته .

ومن رأي الاستثناء يتناول الأمرين جميعا قال : التوبة ترفع الفسق ورد الشهادة .

وكون ارتفاع الفسق مع رد الشهادة أمر غير مناسب في الشرع ، اي خارج عن الاصول ، لأن الفسق متى ارتفع قبلت الشهادة .
واتفقوا على ان التوبة لا ترفع الحد .

٧٩٤٢ - وقال الشافعي [ومالك] تقبل ، وقد مضت في الشهادات •

فصل

حد العبد

٧٩٤٣ - ويحد العبد اربعون جلدة لانه على النصف من الحر في
الجلدة فيما يتبعض •

فصل

حد الذمي

٧٩٤٤ - والحد يجب على الذمي يقذف المسلم ، ولا يجب على المسلم
يقذف الذمي ولا قذف العبد ولا قذف صغيرة ولا مجنونة •

فصل

نزع الفرو والحشو

٧٩٤٥ - ويضرب القاذف على الصفة التي يكون عليها الا انه ينزع
عنه الفرو والحشو •

فصل

٧٩٤٦ - واشد الضرب عندنا ضرب التعزير لانه يقصر عدده وبعده
حد الزنا وبعده حد الخمر والسكر وبعده حد القذف وهو اخف الحدود
لانه يجوز ان يكون صادقا فيما قال •

فصل

قذف حراً مسلماً

٧٩٤٧ - ومن قذف حراً مسلماً بالغاً بالنزنا فعليه الحد اذا طلب ذلك
المقذوف منه لان الرجل والمرأة في ذلك سواء ، ولا نعلم خلافاً في ذلك •

فصل

٧٩٤٨ - ولو صدقه المقذوف فيما قال فلا حد عليه لذلك القول •

فصل

- ٧٩٤٩ - وان عفى عنه المقدوف فله ان يطالبه بالحد وعفوه باطل لانه
حق الله تعالى فلا يسقط بالعفو وهذا قول اصحابنا المشهور .
٧٩٥٠ - وقد روى الطحاوي عن ابي يوسف في المختصر انه ، قال
عفوه جائز ، ويسقط الحد^(١) .
٧٩٥١ - وهو قول الشافعي ، وقاس ذلك على الدين .

فصل

- ٧٩٥٢ - ولو ادعى على رجل انه قذفه فانكر فطلب يمينه فلا يمين
عليه عندنا لانه حد ، وقال الشافعي يحلفه لانه حق يصح اثباته بالطلب .

فصل

- ٧٩٥٣ - ولو قال لرجل ، لست لايك وذلك في حال غضب فانه
يحد .

فصل

- ٧٩٥٤ - ومن قال لرجل يا ابن الزانية وامه حرة مسلمة فان كانت
حية فهي التي تطلب بالحد ، وان كانت ميتة فالولد والوالد يطالبان بذلك
وليس ذلك لغيرهما .
٧٩٥٥ - وقال زهر لا حد في ذلك لانه لا يورث .

(١) في مختصر الطحاوي (ص ٢٦٥) ان لابي يوسف قولين في عفو
المقدوف احدهما ان عفوه باطل ، وقد روى هذا القول عنه محمد (رض)
وهو قول ابي حنيفة ومحمد ، والآخر رواه اصحاب الاملاء عن ابي يوسف
ان عفوه جائز ، وانه ليس له مطالبة القاذف به بعد ذلك ، وبه أخذ
الطحاوي .

فصل

التعريض

- ٧٩٥٦ - ولا يجب الحد بالتعريض عند اصحابنا^(١) .
- ٧٩٥٧ - وقال مالك يجب ، وهو احد قواني الشافعي .
- ٧٩٥٨ - لان التعريض يحتمل ، وقد قال لا يكون قذفا حتى ينوى .

فصل

- ٧٩٥٩ - ومن قال لرجل لست لأمك فانه لا يحد لان هذا كذب

محض .

-
- (١) في مختصر الطحاوي (ص ٢٦٥) « لا يجب الحد في القذف الا ان يكون قذفا مصرحا لا كناية فيه ، فاما ان كان عني غير ذلك أو كان تعريضا ، فانه لا يجب حد ولكنه يجب فيه التعزير » .
- وفي بداية المجتهد (٢/٣٦٦) « واختلفوا ان كان بتعريض : فقال الشافعي وابو حنيفة والثوري وابن ابي ليلى لا حد في التعريض . الا ان ابا حنيفة والشافعي يرى بان فيه التعزير .
- ومن قال بقولهم من الصحابة ابن مسعود .
- قال مالك واصحابه : في التعريض الحد .
- وهي مسألة وقعت في زمان عمر فشاور عمر فيها الصحابة ، فاختلفوا فيها عليه ، فرأى عمر فيها الحد .
- وعمدت مالك ان الكناية قد تقوم بعرف العادة والاستعمال مقام النص الصريح ، وان كان النص فيها مستعملا في غير موضعه ، اعني مقولا بالاستعارة .
- وعمدت الجمهور ان الاحتمال الذي في الاسم المستعار شبهة ، والحدود تدرأ بالشبهات .
- والحق ان الكناية قد تقوم في مواضع مقام النص ، وقد تضعف في مواضع » .

فابن رشد توسط بين الرأيين فلم يقل لاحد في كل تعريض ولم يذهب الى وجوب الحد في كل تعريض وانما جعل للقاضي النظر في ما يحتمله التعريض بحسب العرف اللغوي في كل زمان وهذه التفرقة في نظري ادق

←

فصل

زناات في الجبل

٧٩٦٠ - ومن قال لرجل زناات في الجبل وقال نويت صعودا انه لا يصدق عند ابي حنيفة وابي يوسف^(١) ، وقال محمد والشافعي لا يجب الحد لان اللفظ حقيقة في الفعل ، فهو كما لو قال زنت في الدار .

فصل

٧٩٦١ - ومن قذف جماعة بقول واحد أو أقوال فعليه حد واحد فإذا استوفى منه الحد فهو لكل قذف تقدم ، وقال الشافعي ان بالفاظ فلكل واحد منهم حد ، وان كان بلفظ واحد فعلى قولين اصحهما يجب حد واحد .

فصل

٧٩٦٢ - ومن قال لرجل لست لايك فانما قذف الام دون الاب .

فصل

٧٩٦٣ - ومن قال لامرأة يا زان فهو قاذف لان المؤنث يجوز ان يذكر اذا جمع مع الغير .

→
من اطلاق القولين ، والظاهر ان القول بان القذف بالتعريض فيه تعزير ولا حد فيه ، معناه التعزير عن ضرر معنوي اصاب المقدوف تعريضا ، وبذلك يمكن تخريج التعويض عن الضرر الادبي المعنوي في كل فعل يملك القاضي فيه التعزير سواء اصاب الضرر عضوا فيه منفعة وجمال أم أضر بسسمة شخص ومشاعره وبهذا التخريج يمكن افساح المجال لتجديد الاجتهاد في باب المسؤولية عن الضرر المعنوي ولا حرج في ذلك نظرا لتغير وجهة النظر بتغير الازمان ولاتفاق اعلام الفقهاء في جميع العصور على كون الاجتهاد مستمرا مشرعا الابواب .

(١) في مختصر الطحاوي (ص ٢٦٨) خلاف ذلك فقد جاء فيه « من قال لرجل زناات في الجبل ، ثم قال عنيت صعودا فان ابا حنيفة وابا يوسف (رض) قالا : يحد » .

فصل

يا فاسق الخ

٧٩٦٤ - فان قال يا فاسق أو خيث أو فاجر أو ملمون فانه يعزر ولا يحد لانه لم يقذفه .

فصل

تكرر القذف

٧٩٦٥ - وان قذف رجلا فحد له ثم قذفه ثانيا فانه لا يحد له ابدا .
٧٩٦٦ - وقال ابن ابي ليلى ان كان بالقذف الاول لم يحد وان كان بآخر حد له .
٧٩٦٧ - لانه حد لاجله^(١) .

فصل

هل التعزير واجب

٧٩٦٨ - والتعزير واجب عندنا ، وقال الشافعي لا يجب لأنه عقوبة لاجل حق الله فهو كالحد .

فصل

التلف بالتعزير

٧٩٦٩ - وان تلف بالتعزير فلا ضمان عليه ولا في بيت المال ، وقال الشافعي يجب عليه الضمان ومن اين يؤخذ ؟ قولان احدهما من بيت المال والثاني من مال الذي اقامه .

(١) هذا التفصيل لم يرد في اختلاف ابي حنيفة وابن ابي ليلى ، تحقيق الافغاني (ص ١٦٧) اذ يفهم مما جاء فيه ان منذهب ابي حنيفة ان قذف مرارا فانما عليه حد واحد ولا ذكر لما ذهب اليه ابن ابي ليلى من تفرقة مناسبة في الموضوع .

كتاب السرقة

تعريف

٧٩٧٠ - اعلم ان السرقة اخذ مال الغير على سبيل الاستخفاء من غير شبهة له في اخذه .

الآثار الواردة في السرقة

٧٩٧١ - والاصل في ذلك قوله تعالى « والسارق والسارقة فاقطعوا ايديهما جزاء بما كسبا نكالا من الله والله عزيز حكيم » (١) .

٧٩٧٢ - والمعمول به من قول افقهاء ان القطع لا يجب بما يقع عليه اسم سرقة ولا على من يقع عليه اسم سارق الا بقدر [ما] يقع عليه الاسم .

فصل

القطع

٧٩٧٣ - والقطع يجب على سارق دون سارق وبقدر دون قدر ومن موضع دون موضع وبمال دون مال وبأخذ دون اخذ .

٧٩٧٤ - وان عموم الآية متروك بالسنة وعمل الأمة ، لان الظاهر لا يدل على المراد بالآية حتى يضم اليها ما لم يدخل تحت لفظها ، وليس حكمها حكم ما يتناوله الظاهر ثم يخرج منه البعض وقد ذكرت في شرح كتابي التنويق الى العلوم والبحث عن حقيقة المعلوم في شرح اصول الفقه فيه ما قاله اصحابنا في ذلك وثبت ما ذكره الشيخ ابو عبدالله (١) وقاضي

(١) المائدة (٥/٣٨) .

(٢) هو شيخه محمد بن علي بن محمد بن الحسين ابو عبدالله الدامغاني الكبير ، وقد مضت ترجمته في (ص ١٧ من هذا الكتاب) .

القضاة عبد الجبار^(١) رحمهما الله وسائر اصحابنا ، واستوفيت الكلام في ذلك
فيطلب ذلك من لم يقع اليه ليجده .

فصل

٧٩٧٥ - والاصل الذي اعتمد عليه اصحابنا في الباب ان القطع
لا يثبت الا توقيفا اتفاقا فاذا اختلفت السنن عمل بالمجمع عليه منها وذلك
نحو ما روى ربع دينار^(٢) وروى عشرة دراهم فاخذوا بالزائد من الاخبار .
وعملوا به لأجل الاتفاق عليه .

فصل

أقل ما يقطع به

٧٩٧٦ - فقالوا لا يقطع السارق في أقل من عشرة دراهم أو ما قيمته
ذلك ، والمعتبر بالدراهم .

٧٩٧٧ - وقال الشافعي يقطع في ربع دينار .

٧٩٧٨ - وقد روى عبدالله بن عمرو بن العاص ان النبي صلى الله

(١) قاضي القضاة عبد الجبار بن احمد الهمداني المتوفى عام
٤١٥ هـ كان من كبار المعتزلة ويلقبه المعتزلة قاضي القضاة لا يطلقون هذا
اللقب على سواه له تصانيف عديدة حققت ونشرت منها تنزيه القرآن عن
المطاعن (دار النهضة الحديثة ، بيروت - لبنان) وشرح الاصول الخمسة
والمغنى في ابواب العدل والتوحيد باشراف المرحوم طه حسين (انظر ترجمة
له في طبقات الشافعية للأسنوي ، تحقيق صديقنا الأستاذ عبدالله الجبوري
٣٥٤/١ - ٣٥٥) .

(٢) جاء في بلوغ المرام (ص ٢٢٨) عن عائشة (رض) قالت : قال
رسول الله (ص) « لا تقطع يد سارق الا في ربع دينار فصاعدا » متفق عليه ،
واللفظ لمسلم ، ولفظ البخاري « تقطع يد السارق في ربع دينار فصاعدا » .
وفي رواية لاحمد « اقطعوا في ربع دينار ولا تقطعوا فيما هو ادنى من ذلك » .

عليه وسلم قطع في مجن قيمته عشرة دراهم^(١) وكذا قال ابن عباس ، وعن ابن مسعود قال لا أقطع الا في عشرة دراهم أو دينار وعن ابي بكر وعلي رضي الله عنهما انهما قال لا يقطع الخمس الا في خمس وإذا اختلف ما ذكرناه وجب ان لا يقطع بالشك ويدراً الحد لمكان الشبهة في ذلك .

فصل

٧٩٧٩ - واجمع المختلفون انه لا يقطع في أقل من ربع دينار الا شيئاً حكاه الكرخي رحمه الله عن محمد بن الحسن وهو قول الخوارج انه يقطع في القليل والكثير والعلماء على خلافه .

فصل

لا قطع إلا بإقرار أو بينة عادلة

٧٩٨٠ - ولا يقطع السارق الا ان يقر بانه سرق ما يجب فيه القطع من حرز مثله مما لا شبهة له فيه أو يقوم بذلك بينة عادلة ليس فيها امرأة .

فصل

رد الشهادة بالتقادم

٧٩٨١ - ولا تقبل منهم الشهادة ان تقادموا وقد قدر بعض اصحابنا

(١) جاء في جامع مسانيد الامام (٢/٢١٧) « ابو حنيفة عن حماد عن ابراهيم ان النبي (ص) قطع في مجن . قال ابراهيم : كان ثمن المجن عشرة دراهم . وفي سبل السلام (٤/١٩) ان اكثر فقهاء العراق انه لا يوجب القطع الا سرقة عشرة دراهم ولا يجب في أقل من ذلك ، واستدلوا لذلك بما اخرج البيهقي والطحاوي من طريق محمد بن اسحق من حديث ابن عباس « انه كان ثمن المجن على عهد رسول الله (ص) عشرة دراهم » . وروى ايضا محمد بن اسحق من حديث ابن عمر انه (ص) قطع في مجن ، وان كان فيهما ان قيمته ثلاثة دراهم ، لكن هذه الرواية قد عارضت رواية الصحيحين ، والواجب الاحتياط مما يستباح به العضو المحرم قطعه الا بحقه ، فيجب الأخذ بالمتيقن وهو الاكثر » .

شهر ومنهم من لم يقدر ذلك وقد قال الشافعي تقبل مع التقادم كما يقبل
الاقرار ، وهو قول ابن ابي نيلي • وقال زفر لا يقبل الاقرار والشهادة مع
التقادم •

٧٩٨٢ - واتفقوا على انه يقبل في وجوب ضمان المال ، وكذلك لو
شهد الرجال والنساء قضى عليه بالمال دون القطع •

فصل

٧٩٨٣ - واتفقوا في حد القذف انه يقبل مع البينة والاقرار •

فصل

إقراره مرتين

٧٩٨٤ - وقال ابو حنيفة ومحمد وعامة الفقهاء يقبل اقراره مرة في
السرقه •

٧٩٨٥ - وقال ابو يوسف لا يقبل حتى يقر مرتين فيجب القطع •
وقد روى عن علي بن ابي طالب رضى الله عنه ذلك •

فصل

موضع القطع

٧٩٨٦ - والقطع من الزند عندنا في الموضع الذي يجب القطع •
وقال بعض الفقهاء من اصول الاصابع ، وقال الخوارج من المنكب ، والذي
روى في السنة انه قطع من الزند •

فصل

٧٩٨٧ - واجمعوا على ان القطع يجب في يده اليمنى بالسرقه الاولى
اذا كانت اليسار سالمة فان كانت شلاء لم يقطع اليمنى وغرم المال •

فصل

٧٩٨٨ - وان سرق دفعة اخرى قال العلماء انه يقطع الرجل اليسرى ، وهذا قطع لم يثبت في الآية وانما هو فرض مبتدأ ثبت بعمل الامة •

فصل

٧٩٨٩ - فان سرق دفعة ثالثة لم يقطع عند اصحابنا •
وقال الشافعي يقطع يده اليسرى فان سرق دفعة رابعة قطعت رجله اليمنى • وروى ذلك عن ابي بكر رضى الله عنه •
وقد روى عن علي رضى الله عنه انه قال اني لاستحي من الله تعالى ان لا ادع له يدا يأكل بها ويتوضأ •
٧٩٩٠ - واذا كان الاصل في القطع الآية ولم يقطع يده اليسرى في الدفعة الثانية فاحرى ان لا يقطع في الثالثة ويستودع السجن حتى يحدث توبة ويغرم ما سرق •

فصل

رد المسروق

٧٩٩١ - واتفقوا على ان العين المسروقة اذا كانت قائمة في يد السارق انه يجب ردها على المالك •

فصل

لا جمع بين قطع وضمن

٧٩٩٢ - فاما ان كانت قد هلكت او استهلكها هو قبل القطع وطلب القطع قطع ولا ضمان عليه عند ابي حنيفة وابي يوسف ومحمد ومالك بن

انس ، ولا يجمع عليه عندنا قطع وضمان^(١) ولا حد ومهر ولا عشر
وخراج •

٧٩٩٣ - وقد قال الشافعي يجب الضمان والقطع في الاحوال كلها •

٧٩٩٤ - وقال ابن زياد ان هلكت العين فلا ضمان وان استهلكت
العين ضمن •

٧٩٩٥ - وروى ابن سماعة عن محمد انه قال لا يجب الضمان في
القضاء فاما فيما بينه وبين الله تعالى فيجب الضمان لملكها •

٧٩٩٦ - وانما لم يجب الضمان لانه يملك العين به فيؤدى الى ان
يقطع في ملكه وهذا لا يجوز والآية تدل على وجوب القطع خاصة •

فصل

من زنا بجارية فقتلها

٧٩٩٧ - ولو زنا بجارية فقتلها فعليه القيمة والحد •

٧٩٩٨ - وقال ابو يوسف لا حد عليه ، ولو كانت حرة عليه الحد
والدية في قولهم جميعا •

فصل

٧٩٩٩ - وقال اصحابنا لو زنا بصغيرة فافضاها فلا حد عليه ، فان كان
البول يستمسك فعليه ثلث الدية والمهر في قولهم جميعا ، وان كان البول

(١) عن عبدالرحمن بن عوف (رض) ان رسول الله (ص) قال :
« لا يغرم السارق اذا اقيم عليه الحد » • رواه النسائي وبين انه منقطع •
وقال ابو حاتم هو منكرو • (بلوغ المرام ، ص ٢٣٠) •

- لا يستمسك فعليه الدية ولا مهر عليه عند ابي خنيفة وابي يوسف .
- ٨٠٠٠ - وقال احمد والشافعي يجب عليه الحد .

فصل

- ٨٠٠١ - وان كانت لا يجامع مثلها فانها لا تحرم على ابنه ولا ابيه ولا يثبت تحریم المصاهرة عند ابي خنيفة ومحمد .
- ٨٠٠٢ - وقال ابو يوسف وقعت الحرمة ، وعند الشافعي لو كانت حرة لم يوجب تحریم المصاهرة .

فصل

زنا بأمة ثم اشتراها أو حرة ثم تزوجها

- ٨٠٠٣ - ولو زنا بأمة ثم اشتراها أو حرة ثم تزوجها لم يسقط الحد .
- وسمعت قاض القضاة رحمه الله يقول في ذلك رواية اخرى انه يسقط في الجميع والخلاف على ما حكاه مع ابي يوسف ولعله جعل قول ابي يوسف رواية .

فصل

المود في الجنابة والمجنى عليه واحد

- ٨٠٠٤ - ولو سرق عينا فقطع فيها ثم سرقها دفعة اخرى لم يقطع عند اصحابنا ، وقال الشافعي يقطع .
- ٨٠٠٥ - واجمعوا انه لو قذف رجلا ثم اعاد قذفه انه لا يجد له دفعة اخرى ، وفي الزنا اذا حد مرة ثم زنا بها يحد مرة اخرى .

فصل

رجوعه عن الإقرار

- ٨٠٠٦ - ولو رجع عن الاقرار قبل القطع لم يقطع .

فصل

- ٨٠٠٧ - ولو عفا عنه المسروق منه أو وهب العين له قبل ان يرفعه الى السلطان سقط القطع وقد روى عنه عليه الصلاة والسلام انه قال : « تجافوا الحدود ما لم ترتفع الى ، فاذا رفع الى ذلك فقد وجبت »^(١) وكان يأمر بالستر على العصاة ويظهر في وجهه الكراهة اذا رفعت اليه .
- ٨٠٠٨ - ولو عفا عنه بعدما رفعه الى الامام فأنعفو باطل .

فصل

- ٨٠٠٩ - ولو وهب العين بعدما رفعه سقط القطع عند ابي حنيفة .
- ٨٠١٠ - وقال أبو يوسف والشافعي لا يسقط ، وليس في خبر صفوان^(٢) انه قطع السارق ، وانما فيه ، قبل ان تأتي به ، يعني ان تفضحه وتشهره .

(١) في بلوغ المرام (ص ٢٢٧) روى حديث بهذا المعنى وبالفاظ اخرى فجاء « عن ابن عمر (رض) قال قال : رسول الله (ص) « اجتنبوا هذه القاذورات التي نهى الله عنها ! فمن ألم بها فليستتر بستر الله ، وليترب الى الله ، فانه من يبدلنا صفحته نقم عليه كتاب الله » رواه الحاكم ، وهو في الموطأ من مراسيل زيد بن اسلم .

وفي جامع مسانيد الامام (٢/٢١٧ - ٢١٨) « عن ابي حنيفة ان اول حد اقيم في الاسلام ان رسول الله (ص) اتى بسارق فأمر به فقطعت يده ، فلما أنطلق به نظر الى رسول الله (ص) كأنما اسقى في وجهه الرماد ! فقالوا يا رسول الله كأنه شق عليك ؟! فقال الا يشق على ان تكونوا اعوان الشيطان على اخيكم ؟!

قالوا افلا تدعه ؟

قال : افلا كان هذا قبل ان يؤتى به ! فان الامام اذا رفع اليه الحد فليس ينبغي له ان يدعه حتى يمضيه ، ثم تلا وليعفوا وليصفحوا الى آخر الآية .

(٢) عن صفوان بن امية ان النبي (ص) قال له لما أمر بقطع الذي

←

فصل

سرقة ما يسرع إليه الفساد

- ٨٠١١ - وإذا سرق ما يسرع إليه الفساد لم يقطع^(١) .
٨٠١٢ - وقال الشافعي يقطع ، وهذا كسائر المطبوعات ولا سنة
توجب القطع ولا اتفاق والقياس في اثبات القطع لا يجوز عندنا ، وكذلك
الصبرة كلها .

فصل

- ٨٠١٣ - وقال اصحابنا : ولا يقطع بسرقة شيء من المعادن ، وما يوجد
في دار الاسلام مباحا من القصب والخشب والقيرو النفط والماء والتراب وفي
الساج والابنوس خلاف بين اصحابنا^(٢) وكذلك المعمول من الخشب .
٨٠١٤ - وقال الشافعي يقطع في الجميع اذا بلغت قيمته نصابا .
٨٠١٥ - وقد روى عن ابي يوسف مثل ذلك .

فصل

- ٨٠١٦ - ولا يقطع في ثمرة في الشجرة ولا يقطع في كثر وهو
الجمار^(٣) .

فصل

- ٨٠١٧ - ومن ادخل يده الى بيت فاخذ مما فيه فلا قطع عليه لانه لم

سرق ردائه فشفع فيه : « هلا كان ذلك قبل ان تأتيني به ! » . أخرجه
أحمد والأربعة وصححه ابن الجارود والحاكم (سبل السلام ٢٦/٤
رقم ١٢) .

(١) في مختصر الطحاوي (٢٢٧) لا قطع فيما يفسد . . . وان غلت
قيمه .

(٢) مختصر الطحاوي (ص ٢٢٧) .

(٣) ايضا (ص ٢٧٣) .

يهتك الحرز ، ولو سرق من كم رجل بان ادخل يده فيه فانه يقطع لان
الكم حرز مثل ما فيه •

فصل

رمي المتاع الى خارج

- ٨٠١٨ - ولو رمى المتاع الى خارج فاخذه احد بعدما رمى فانه
لا قطع على واحد منهما لان الداخل لم يخرج المتاع والخارج لم يدخل^(١) •
٨٠١٩ - وقال ابو يوسف يقطع بالجميع وهو قول الشافعي •

فصل

دخول الحرز جماعة

- ٨٠٢٠ - ولو دخل الحرز جماعة فتولى بعضهم حمل المتاع والبعض
قيام بالسلاح قطعوا جميعا لانه هكذا يسرق العدد الكثيرة والردء والمباشر
سواء وكذلك قطاع الطريق •
٨٠٢١ - وقال الشافعي يجب القطع على المباشرة الاخذ دون الآخر ،
لان الاخذ حصل بقوة الجميع فصار كأهل القنينة •

فصل

- ٨٠٢٢ - ولا يقطع احد الزوجين بسرقة مال الآخر عند اصحابنا
جميعا^(٢) •
٨٠٢٣ - وقال الشافعي يقطع كل واحد بسرقة مال الآخر في احد

(١) ايضاً (ص ٢٢٧ - ٢٧٣) •

(٢) ايضاً (ص ٢٧٠) •

أقواله ، وذكر أصحابه أن الحارث بن سريج^(١) البقال روى عن الشافعي أن المرأة لا تقطع بسرقة مال زوجها والزوج يقطع بسرقة مال زوجته ، وله قول بكقولنا .

لأن بينهما سببا يوجب التوارث من غير حجب كالابوة ، وقياس الشافعي على البائع والمشتري والأجارة والأصل لا يوجب التوارث والنفقة والبسط من أحدهما على الآخر .

فصل

سرقة ذوي الأرحام

٨٠٢٤ - وذوو الأرحام الذين تجب نفقة بعضهم على بعض مع الفقر إذا سرق بعضهم من بعض لا يقطع .

٨٠٢٥ - وقال الشافعي ما عدا الوالدين والمولودين يقطع في السرقة لأن بينهما قرابة توجب تحريم المناكحة كالأم .

فصل

سرقة مال المستأمن

٨٠٢٦ - ولا يقطع المسلم ولا الذمي بسرقة مال المستأمن .

٨٠٢٧ - وقال الشافعي يجب القطع .

لأن الإباحة قائمة فيه مؤجله وذلك يؤثر فيما يستقطب بالشبهة

كالقبض وقاس هو على الضمان وذلك يوجد في مال الأبوين .

(١) كذا والظاهر أن الاسم مصحف وإن المقصود به هو أبو العباس أحمد بن سريج المنسوب إلى شيراز وقاضيهما وهو أحد المجتهدين على مذهب الإمام الشافعي يقال له البازي الأشهب (آثار البلاد وأخبار العباد للقرظيني ، ص ٢١١) . بينه وبين محمد بن داود مناظرات بحضرة أبي الحسن علي بن عيسى ، له من الكتب كتاب الرد على محمد بن الحسن ، كتاب الرد على عيسى ابن أبان ، كتاب التقريب بين المزنئ والشافعي ، كتاب جواب القاشاني ، كتاب مختصر في الفقه (فهرست ابن النديم ، ص ٢٩٩ - ٣٠٠) .

فصل

المستأمن يسرق أو يزني

- ٨٠٢٨ - والمستأمن لا يقطع اذا سرق ولا اذا زنى يحد ولا [يحد]
حد السكر عند اصحابنا خلاف ابن زياد فانه قال هو والمسلم سواء في الحدود .
٨٠٢٩ - وللشافعي قولان في وجوب القطع • واتفقوا على وجوب
الحد عليه بالقذف • ووافق في الزنا انه لا حد •

فصل

السرقه من الحمام

- ٨٠٣٠ - ومن سرق من الحمام فلا قطع عليه وقال الشافعي يقطع اذا
كان له حافظ ، وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة ، لانه مأذون في الدخول
فيه لكافة الناس فلا يقطع من تناوله الاذن في السرقة •

فصل

- ٨٠٣١ - وان بط جيب رجل فوق ما فيه فاحذه من الارض فلا
قطع عليه •
٨٠٣٢ - وقال الشافعي يجب القطع •
٨٠٣٣ - لانه لم يخرج المسروق من حرز فلا يقطع •
ولا قطع على من حمل حملا من القطار عليه حمل وفيه نصاب ، وان
زحلق الجوالق وسرق ما فيه قطع •
٨٠٣٤ - وقال الشافعي يقطع في الوجهين ، لانه سرق الحرز ولم يسرق
ما فيه ، وسرقه الحرز لا توجب القطع كمن ادخل دار غيره في داره وخلطه
بنيانه وفيه نصيب من المال •

فصل

رمي المتاع إلى الخارج

٨٠٣٥ - ولو دخل السارق الدار واخذ المتاع فرمى به إلى الخارج ثم خرج واخذه قطع عند أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد وهو قول الشافعي وقال زفر لا يقطع .

٨٠٣٦ - واتفق أصحابنا على أنه لو اخذه رجل من خارج ثم خرج أنه لا يقطع لأنه ما خرج بالسرقة من الحرز .

فصل

ما لا قطع فيه

٨٠٣٧ - ومن سرق مصحفاً عليه كواكب فضة فيها نصاب فلا قطع عليه .

٨٠٣٨ - وقال أبو يوسف والشافعي يقطع ، لأن ما في المصحف هو المتبوع وما عليه تبع وسرقة القرآن لا يقطع بها .

٨٠٣٩ - ومن سرق طنبورا أو نردا أو آلة من الملاهي فلا قطع عليه .

وقال في الجامع الصغير عليه قيمة ما يصلح لذلك غير معمول عند أبي حنيفة . وقال أبو يوسف ومحمد لا ضمان عليه .

٨٠٤٠ - وقال الشافعي في سرقة الصليب وما ذكرنا إذا كانت قيمته غير معمول تبلغ نصاباً قطع .

٨٠٤١ - لأنها صنعه محرمة مأمور بكسرها فنهى عن استعمالها فهي كالخمر .

فصل

٨٠٤٢ - ومن سرق خرا في اناء يساوي نصاباً فلا قطع عليه في الاناء .

٨٠٤٣ - وقال الشافعي يجب القطع في الاناء ، لانه تابع والمقصود
الخمر فلا قطع أو يصير ذلك شبهة في الاناء ، ولان الاناء مختلف في جواز
كسره واتلافه على مالكة اذا كان فيه خمر فلا يجب به القطع •

فصل

اختلاف الشاهدين في لون البقرة

٨٠٤٤ - واذا قامت اليينة على السارق بانه سرق بقرة واختلفا في
لونها فقال احدهما سوداء ، وقال الآخر بيضاء فالشهادة جائزة عند ابي
حنيفة ، وفي قولهما لا تجوز ومن اصحابنا من قال في النصب اتفاق انه
لا يقبل ، وقال بعضهم بل هو على الخلاف •

فصل

النباش

٨٠٤٥ - وقال ابو حنيفة ومحمد النباش لا يقطع لانه سرق من غير
حرز ولا حافظ له حرمة فلا يقطع ، وقال ابو يوسف والشافعي يقطع •

فصل

شق الثوب في الحرز

٨٠٤٦ - واذا شق الثوب في داخل الحرز ثم خرج به بعد ذلك
وقيمته نصاب بعد الشق فعليه القطع عند ابي حنيفة ومحمد •

٨٠٤٧ - وقال ابو يوسف لا قطع عليه ، لانه خرج به وقد لزمه
ضمانه في الحرز وقد روى هذا القول عن ابي حنيفة ايضا •

فصل

سرقة مملوك صغير

٨٠٤٨ - ومن سرق مملوكا صغيرا قطع عند ابي حنيفة ومحمد لانه

مال بلغ نصاباً ، وقال أبو يوسف لا قطع عليه كالحجر الصغير •

فصل

سرق وفلان

٨٠٤٩ - وإذا شهد على السارق بأنه سرق وفلان الغائب ، أو أقرانه سرق وفلان الغائب فلا قطع عليه في قول أبي حنيفة الأول ويقطع في قوله الثاني •

٨٠٥٠ - وهو قول أبي يوسف ومحمد ، لأن الغريب يجوز أن ينكر أو يدعى السرقة لنفسه فلا يجب القطع •

فصل

صبغ الثوب المسروق

٨٠٥١ - وإذا سرق ثوباً فصبغه أحمر ثم قطعت يد السارق لم يرد الثوب عليه عند أبي حنيفة •

٨٠٥٢ - وقال محمد يرد على صاحبه ويغرم قيمة ما زاد الصبغ فيه ^(١) وقد روى عن أبي يوسف مثل ذلك •

فصل

٨٠٥٣ - وإذا أمر الإمام بقطع يد السارق فقطع المأمور يدل يده اليمنى يده اليسرى فلا شيء عليه عند أبي حنيفة استحساناً •

٨٠٥٤ - وقال أبو يوسف ومحمد يضمن دية اليد •

٨٠٥٥ - وروى ابن زياد عن أبي حنيفة أنه قال إن قال له أقطع يده فقطع يساره فلا شيء عليه ، ولو أن السارق هو الذي أخرج يساره ،

(١) كسب دون سبب •

فقال هذه يميني فقطعه فلا شيء عليه اذا قطعه في قولهم جميعا ، ويضمن السارق قيمة السرقة •

فصل

تداخل السرقات

٨٠٥٦ - ومن سرق من عدة اناس فخاصمه واحد منهم فقطع فالتقط الجميع السرقات ، ويسقط عنه ضمان سائر ما سرقه لغير الذي خاصم^(١) •

فصل

٨٠٥٧ - وقال ابو يوسف ومحمد لا يقطع المستأجر بسرقة مال المؤجر من الدار التي آجره ولا المؤجر بسرقة مال المستأجر •

فصل

٨٠٥٨ - وقال ابو حنيفة يقطع كل واحد بسرقة مال الآخر ، لانه لا شبهة بينهما •

فصل

٨٠٥٩ - واذا سرق من مال الغاصب قطع ، وللمغاصب ان يخاصمه وكذلك المودع ، وان سرق من السارق لا يقطع •

٨٠٦٠ - ولاصحاب الشافعي في الجميع وجهان احدهما يقطع في الجميع والثاني لا يقطع ، وهو قول زفر لان الوكالة في الحدود لا تجوز •

(١) جاء في مختصر الطحاوي (ص ٢٧٠) ان سقوط الضمان في هذه المسألة هو قول ابي حنيفة ومحمد وانه روى عن ابي يوسف (رض) انه قال : لا ضمان عليه فيما سرق للذي رفعه خاصة حتى قطع ، وعليه الضمان للآخرين ، وقد اخذ الطحاوي بما روى عن ابي يوسف في هذا الصدد ، والى هذا نذهب ايضا لان حرمة اموال الآخرين ثابتة فلا تسقط بقطع يد السارق حين يرفعه غيرهم •

باب حد قاطع الطريق^(١)

ومن قطع الطريق واخاف السيل وحارب المسلمين فله احكام مختلفة .

فصل

إخافة السيل فحسب

٨٠٦١ - منها ان يخيف السيل فحسب ولا يأخذ مالا ولا يقتل احدا من الناس ثم يظفر الامام به قبل التوبة فانه يحبس عندنا وهو نفيه من الارض .

٨٠٦٢ - وقال الشافعي حده التعزير ولا يستحق الحبس بل النفي المذكور في الآية اذا ارتكبوا القتل واخذوا المال وطلبوا فهربوا ، فالهرب هو نفيهم من الارض .

والنفي عندنا انما هو قطعه ان يسعى فيها ، فالحبس اشبه من الطلب الذي قاله .

فصل

أخذه مالا

٨٠٦٣ - وان اخذ مع ذلك مالا فكان ما اخذه عشرة دراهم فصاعدا فانه تقطع يده ورجله من خلاف وان قتل وقطع وأخذ المال قابو حنيفة يقول الامام بالخيار ، ان شاء قطع يده ورجله من خلاف وقتله وصلبه على الخشبة ، وان شاء لم يصلبه وقطع يده ورجله ، من خلاف ثم قتله ، وان شاء قتله بغير قطع ولا صلب .

٨٠٦٤ - وقال الشافعي لا يجوز الاخلال بالصلب ويجوز ان يخل بالقطع اذا وجب القتل .

٨٠٦٥ - وقال ابو يوسف ومحمد : اذا وجب القتل لم يقتل لان القتل

(١) دليل حد قاطع الطريق آية « انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ، الى آخر الآية » .

يأتي على كل شيء ولكن المستحب ان يقتل على الخشبة ويصلب ثلاثة ايام ،
وما بعدها مُثْلَةٌ •

فصل

إن جرح فقط

٨٠٦٦ - وإن جرح ولم يفعل غير ذلك فذلك الى ولي المجروح فان
كان مما يقتص منه اقتص منه والا كان له الارش •

فصل

الردء والمباشر

٨٠٦٧ - والردء والمباشر في ذلك سواء •

٨٠٦٨ - وقال الشافعي : الحكم يتعلق بمن باشر دون الردء •

اذ بالردء جعل للفاعل ما فعل ، وسائر الآلات في المحاربة سواء ،
وبهذا الحربي افترق امر القصاص والمحاربة ، على قول ابي حنيفة •

فصل

الخيار للإمام

٨٠٦٩ - وقد قال مالك : الخيار في الاحوال كلها الى الامام فله ان
يقتله وان لم يقتل ولم يأخذ مالاّ وله ان قتل ان لا يقتله وان يستودعه
السجن •

٨٠٧٠ - وقد اتفق الجميع على ان من يسرق في المصر لم ينفك من
القطع فاذا انضاف الى ذلك المحاربة والقتل لا يجوز ان يدراً عنه •

٨٠٧١ - وقد قال بعض العلماء ان الآية نزلت في المشركين وحكمها
اليوم زائل عن المسلمين وانها منسوخة وشرطها غير موجود وهو محاربة

الرسول عليه السلام ، وان خبر العرنيين^(١) كان قبل تحريم المثلة ، كذا
روى انس ابن مالك وغيره .

فصل

٨٠٧٢ - ولا يكون فاطع الطريق في المصر [و] لا قريبا منه عندنا ،
وحكمه حكم الغاصب .
وقال الشافعي يحد حد قاطع الطريق .

فصل

قاطعة الطريق

٨٠٧٣ - والنساء لا يجرى عليهن حد قاطع الطريق .
٨٠٧٤ - وقال الشافعي حكمهن حكم الرجال اذا فعلن فعلهم^(٢) .
لأن لفظ المذكر لا يدخل تحته لفظ المؤنث الا بعد ان يعلم انه مراد بالتصدد
وهذا لا يعلم .

فصل

من لا يجب عليه الحد من قطاع الطرق

٨٠٧٥ - ومتى كان في قطاع الطريق من لا يجوز عليه الحد كصبي

(١) المقصود بخبر العرنيين النفر الذين ارتدوا في زمان النبي (ص)
واستاقوا الابل ، فأمر بهم رسول الله (ص) فقطعت ايديهم وارجلهم وسملت
اعينهم (بداية المجتهد ٣٧٧/٢) وقد وردت قصتهم في سنن النسائي
(٩٥/٧ - ٩٨) ومنها : عن حميد الطويل عن انس بن مالك ان ناسا من
عرينة قدموا على رسول الله (ص) فاجتثوا المدينة فبعثهم النبي (ص) الى
ذود له فشربوها من البانها وابوالها ، فلما صحتوا ارتدوا عن الاسلام ،
وقتلوا راعي رسول الله (ص) مؤمنا واستاقوا الابل ، فبعث رسول الله
(ص) في آثارهم ، فاخذوا فقطع ايديهم وارجلهم وسمل اعينهم وصلبهم
الخ ...

(١) قول الشافعي يصدق على من يقطع الطريق من نساء عصرنا .

أو ابن أو اب أو احد من ذوي الارحام فلا حد على من بقى ويستقط عن
الباقين •

وقال الشافعي يحد من بقى ، وهو كالقتل اذا اشترك فيه الاب
والاجنبي قتل •

فصل

٨٠٧٦ - ومن وجب عليه حد قاطع الطريق وقد كان عليه قبل ذلك
حدود من غير جنسه فانه يستوفى حد قاطع الطريق ولا يستوفى من ذلك
ما مضى •

٨٠٧٧ - وقال الشافعي يستوفى جميع ذلك ثم حد قاطع الطريق •

فصل

٨٠٧٨ - ومن قذف وزنا وسرق فانه يبدأ بالقذف وهو بالخيار بين
تقديم حد الزنا والسرقة والاصحاب الشافعي وجهان في تقديم حد الخمر
من الجميع أو تأخيرها عن الجميع •

فصل

التوبة عن الزنا

٨٠٧٩ - والحد لا يسقط بالتوبة في الزنا ويجب به الحد •
وللشافعي قولان في ذلك ، وانما يسقط المأثم وعقوبة الآخرة ، كما
لا يسقط الضمان المتعلق بذلك والقتل في حق الآدمي •

فصل

٨٠٨٠ - وفي قاطع الطريق احكام كثيرة وكذلك الحدود وفي ذلك
مسائل لم استوفها لانها ما لم يقع في الشرع فيضيع الزمان بذكرها وان كان
العلم بها حسنا •

واذا قد ذكرنا حكم هذه المعاصي والحدود وكان في ذلك شرب
الخمر وانه كثير وله احكام تخصه في التحريم والاباحه وجب ذكر
الاشربة •

كتاب الأشربة

وهذا كتاب الأشربة وأحكامها وحد المسكر منها •

الآيات الواردة

٨٠٨١ - قال الله تعالى : (إنما الخمر والميسر والأصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحون)^(١) •

٨٠٨٢ - فجمع بين هذه الأشياء وأخبر أنها من عمل الشيطان ثم أمر المكلفين بالاجتناب ، وأمر على الوجوب لأنه لا ينهي إلا عن قبح ولا يأمر إلا بحسن ثم بين مراد الشيطان فقال (إنما يريد الشيطان أن يوقع بينكم العداوة والبغضاء في الخمر والميسر ويصدكم عن ذكر الله وعن الصلاة فهل أنتم منتهون)^(٢) •

٨٠٨٣ - ولقد صدق الله فيما قال : وأخبر إذ من المعلوم من الدين عند الكافة أن الخمر تحدث عند شربها ما ذكره الله تعالى •

فصل

تعريف الخمر

٨٠٨٤ - وقد اختلف العلماء في الخمر وصفتها وهل هي اسم لمين واحدة أو اسم يشمل أعيانا كثيرة وهل هي معطلة بعلة لاجلها حرمت أو حرمت لغير علة ؟ واختلفوا في العلة وهل يجوز القياس عليها أو لا يجوز ؟ وهل كانت مباحة قبل التحريم أو غير مباحة ؟ وهل العقل يقتضي إباحتها أو تحريمها ؟ وهل يجوز أن تتخذ من سائر الأعيان أو تختص بنوع من الأعيان ؟ وهل يجوز التداوي (بها) أو لا يجوز ؟ وهل يجوز شربها

(١) المائة (٥/٩٠) •

(٢) المائة (٥/٩١) •

عند الضرورة ام لا ؟ وكما اختلفوا في ذلك اختلفوا في سائر المشروبات التي يسكر كثيرها وفي طريق تحريمها • وقد كنت عملت مسألة في المشروبات ترجمتها بالمسئلة النظامية في الاشربة واحكامها باسم صاحب الأجل نظام الملك قوام الدين العالم العادل ، مولى النعم ، اعز الله نصره كما الفت هذا الكتاب له ولاجله وقسمتها على خمسة عشر فصلا وحكيت فيها سائر اقوال الناس وااقوى ما يعتمد عليه كل فريق وهي كافية في العلم بذلك غير ان هذا الموضع يمكن فيه جمل مقنعة في معرفة الحكم ان شاء الله •

فصل

المقصود بالخمير

٨٠٨٥ - اجمع العلماء على ان الخمر هي عصير العنب الذي اذا غلى بنفسه اشتد وقذف بالزبد ، وان ما هذا صفته فهو الخمرة التي حرمها الله تعالى في كتابه وبينها رسوله صلى الله عليه وسلم وانعقد الاجماع على تحريمها وان قليلها وكثيرها في التحريم سواء انه يفسق شاربها ويكفر مستحلها ولا يقر المسلم على تمولها •

وهي التي لعن الرسول صلى الله عليه وسلم بائعها ومشتريها وحاملها والمحمولة اليه •

فصل

٨٠٨٦ - وكلما اتخرم من الاوصاف التي ذكرناها وصف دخل الخلاف في الجملة •

٨٠٨٧ - قال ابو حنيفة اذا لم يقذف بالزبد فليست بخمير •

٨٠٨٨ - وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي هو خمير وان لم يقذف

بالزبد •

فصل

٨٠٨٩ - والاصل في هذا الباب ان الاسماء لا يجوز ان تثبت الا توقيفاً مصطلحاً عليه ، وهذا المعنى يوجد فيما قال ابو حنيفة ، ولو كانت خمر الما وقع الخلاف في ذلك .

فصل

٨٠٩٠ - وقال اصحابنا : واذا طبخت بعد الغليان والشدة فانها حرام ولا يحل شربها ، ولا تعلم في ذلك خلافاً بين العلماء ، كما ان طبخ لحم الخنزير لا يحله .

فصل

٨٠٩١ - والعصير اذا طبخ فليس بخمر وان حدثت فيه الشدة ، وان قال اصحابنا انه ما لم يذهب ثلثه ويبقى الثلث فهو حرام ^(١) .
٨٠٩٢ - وقال جعفر بن مبشر ^(٢) انها خمر وان ذهب ذلك القدر ،

(١) وهذا القول مرده سنة عمر بن الخطاب على ما ورد في الموطأ (ص ٥٢٨ ، ط : كتاب الشعب) فقد جاء فيه ان عمر بن الخطاب حين قدم الشام شكوا اليه اهل الشام وباء الأرض وثقلها ، وقالوا : لا يصلحنا الا هذا الشراب . فقال عمر : اشربوا هذا العسل . قالوا : لا يصلحنا العسل . فقال رجل من اهل الارض : هل لك ان نجعل لك من هذا الشراب شيئاً لا يسكر ؟ قال : نعم . فطبخوه حتى ذهب منه الثلثان وبقي الثلث فاتوا به عمر ، فادخل فيه عمر اصبعه ، ثم رفع يده فتبعها يتمطط ، فقال : هذا الطلاء ، هذا مثل طلاء الابل . فامرهم عمر ان يشربوه . فقال له عبادة ابن الصامت : احللتها والله . فقال عمر : كلا والله ، اللهم اني لا احل لهم شيئاً حرمته عليهم ، ولا احرم عليهم شيئاً احللتهم . اهـ .

(٢) هكذا ورد هذا الاسم في نسخة تونس ايضاً ولم يرد في الفوائد البهية ذكر لقيه حنفي بهذا الاسم . بل ورد جعفر بن المعتز بن محمد المستغفري النسفي كان فقيهاً فاضلاً محدثاً صدوقاً جمع الجموع وصنف التصانيف ولم يكن بما وراء النهر من يجري مجراه الخ فلعله هو المقصود . ومع ذلك فالظاهر ان المقصود به جعفر بن مبشر الثقفي ، وهو - على ما جاء في ميزان الاعتدال (١/٤١٤) - من رؤس المعتزلة وله تصانيف في الكلام ، وهو اخو الفقيه حبش بن مبشر .

ولو كانت خمرًا لما وقع فيها الخلاف ولكفر مستحل ذلك ، والاجماع من العلماء بخلافه .

٨٠٩٣ - وقد قال ان سائر المشروبات حلال مع ما ورد فيها من التحريم في كتابه في الاشربة .

فصل

٨٠٩٤ - واذا اشيب العصير بالماء ثم حدثت الشدة فهو خمر عندنا وعند اهل الحجاز .

فصل

٨٠٩٥ - وحكى المصنفون في الاشربة كأبي الحسن الكرخي^(١) وابي عبدالله البصري^(٢) وابن مبشر ان في الناس من يقول ليست بخمر ، وقالوا ان هذا قول شاذ مطرح .

فصل

٨٠٩٦ - واذا ذهب اقل من الثلاثين ثم يحل الشرب .

وروى عن ابي يوسف انه كان يقول بالنصف يحل ثم رجع الى قول الجماعة فاعتبر ان يبقى الثلث .

٨٠٩٧ - وقال الشافعي كلما يسكر فهو خمر ويقع ثلثه اسم الخمر حققه عند اصحابه الجبل ، ولو كان كل ما يسكر خمرًا لكفر المستحل وفسق الشارب وردت شهادته ولم يقع بين الامة في ذلك اختلاف وفي وقوع

(١) هو عبيد الله بن الحسين أو الحسن الكرخي . من المجتهدين في المسائل وصاحب المختصر الشهير (الفوائد البهية ص ١٠٨ ، والفهرست ص ٢٩٣) .

(٢) الظاهر انه الحسين بن علي بن جعفر ابو عبدالله القاضي الصيمري ولي قضاء المدائن ، وله كتاب ضخيم في اخبار ابي حنيفة ، مات سنة ٤٣٦ هـ ، (ترجمته في الفوائد البهية ، ص ٦٧) .

الخلاف دليل على ان ذلك ليس بخمر •

٨٠٩٨ - وقد روى عن النبي عليه السلام انه قال حرمت الخمر لعينها قليلا وكثيرها (١) ، والسكر من كل شراب فجعل السكر من سائر المشروبات كالخمر ولو تناول الاسم سائر المشروبات لم يختلف الاسم في ذلك •

فصل علة تحريم الخمر

٨٠٩٩ - واجمع اصحابنا ان الخمر غير معللة بعلة •

وقال الشافعي هي معللة ، واختلف اصحابه في العلة فمنهم من قال الشدة المطربة ، ومنهم من قال لأنها تصد عن ذكر الله • قالوا : واذا وجدت الشدة من غيرها وجب ان يحرم قياسا على الخمر • ولو كان كل ما فيه شدة خمر لكان كل ما فيه حموضة خلا ، وكل ما فيه حلاوة غبلا وسكرا وكل جسم فيه صفرة ينطع ذبا وكل ما فيه شفاف زجاجا والامر بخلاف ذلك •

فصل

٨١٠٠ - وقال اصحابنا : قد كانت مباحة في صدر الاسلام وجميع الاديان وان العقل لا يقتضي تحريمها ، وقد قال غيرهم العقل يقتضي تحريم جميع الاشياء الا ما ورد فيه اذن الشرع ، وقال بعضهم بالوقف في ذلك •

(١) في سبيل السلام (٣/٣٥) عن جابر (رض) ان رسول الله (ص) قال : ما اسكر كثيره فقليله حرام ، اخرجته امحد والاربعة وصححه ابن حبان واخرجه الترمذي وحسنه ، ورجاله ثقات • واخرج النسائي والدارقطني وابن حبان من طريق عامر بن سعد بن ابي وقاص عن ابيه بلفظ « نهى رسول الله (ص) عن قليل ما اسكر كثيره •

فصل التداوي بالخمير

٨١٠١ - وقال ابو حنيفة لا يجوز التداوي بها ، وانها اذا طرحت في شراب أو طعام وظهر طعمها أو ريحها أو لونها انه يحرم ويحد المستعمل لذلك .

وقال بعض اصحاب الشافعي يجوز التداوي وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال ان الله تعالى لم يجعل شفاء امتي فيما حرم عليهم ^(١) .

فصل الشرب عند الضرورة

٨١٠٢ - وقال اصحابنا جميعا يجوز شربها عند الضرورة وليس حالها اكثر من لحم الخنزير والميتة .

٨١٠٣ - واختلف اصحاب الشافعي على ثلاث طرق : فمنهم من قال لا تحل بحال . ومنهم من قال بقولنا . ومنهم من قال تجوز للتداوي ولا تجوز الشرب .

فصل الإكراه على شرب الخمر

٨١٠٤ - واجمع الجميع على انه اذا اكراه على شربها انه يشربها ولا اثم عليه .

(١) بلوغ المرام ، ص ٢٣٢ رقم ١٠٧٠ ، وفي جامع مسانيد الامام (٣٢١/٢) أبو حنيفة عن حماد عن ابراهيم عن عبدالله بن مسعود (رض) انه قال : ان اولادكم ولدوا على الفطرة فلا تداوهم بالخمير ولا تغذوهم بها ، فان الله لم يجعل في رجس شفاء ، وانما اثمهم على من سقاهم . واخرجه الامام محمد بن الحسن في الآثار فرواه عن الامام ابي حنيفة ثم قال محمد وبه نأخذ ، وهو قول ابي يوسف وابي حنيفة (رض) .

فصل

وجوب حد الخمر

٨١٠٥ - واجمع العلماء على انه يجب على شاربها الحد ، وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال : (من شرب الخمر فاجلدوه ، فان عاد فاجلدوه ، فان عاد الرابعة فاقتلوه) ثم اتى بمن شرب اربع مرات فجلده ولم يقتله^(١) .

فصل

ثمانون جلدة

٨١٠٦ - وحد الخمر عندنا وحد السكر من النيد سواء وهو ثمانون جلدة^(٢) .

٨١٠٧ - وقال الشافعي اربعون وتجوز الزيادة الى ثمانين على سبيل التعزير^(٣) . لان عمر بن الخطاب رضى الله عنه جلد ثمانين بحضرة الصحابة واخذ رأيهم في ذلك فهو اجماع .

(١) في بلوغ المرام ، ص ٢٣١ رقم ١٠٦٢ : عن معاوية (رض) عن النبي (ص) انه قال في شارب الخمر « اذا شرب فاجلدوه ، ثم اذا شرب الثانية فاجلدوه ، ثم اذا شرب الثالثة فاجلدوه ، ثم اذا شرب الرابعة فاضربوا عنقه » . اخرج أحمد وهذا لفظه ، والاربعة ، وذكر الترمذي ما يدل على انه منسوخ ، واخرج ذلك ابو داود صريحا عن الزهري .

(٢) جاء في كتاب الاشربة من الموطأ (ص ٢٦٥ ، ط . الشعب) حدثني عن مالك عن ثور بن زيد الدثلي ان عمر بن الخطاب استشار في الخمر يشربها الرجل ؟ فقال له علي بن ابي طالب : نرى ان تجلده ثمانين ، فانه اذا شرب سكر ، واذا سكر هذى ، واذا هذى افتري ، أو كما قال : فجلد عمر في الخمر ثمانين .

(٣) في بداية المجتهد (ج ٢ ص ٣٦٨) ان حد الخمر عند الشافعي

فصل

بقاء ريحها

٨١٠٨ - ولا يقام حد الخمر الا ما دام ريحها يوجد من الشارب في الشهادة والاقرار .

٨١٠٩ - وقال الشافعي وان لم يوجد اذا اقر بذلك أو قامت بينة .

٨١١٠ - وفرق محمد بن الحسن بين الاقرار والشهادة .

وقال يحد اذا اقر ولا يقبل في الشهادة اذا تقدم ، وسوى الشافعي بين الجميع ، وقد مضت في كتاب الحدود .

فصل

صيرورة الخمر خلا

٨١١١ - واذا صارت الخمر خلا فقد طهرت وحلت ولا فرق بين ان يخللها أو تصير خلا بغير فعل احد .

٨١١٢ - وقال الشافعي ان انسدها الناس لم تحل وان فسدت بنفسها حلت . ولو نقلها من الشمس الى الظل ففيه وجهان .

٨١١٣ - وقد قال بعض الفقهاء : لا تحل ما لم ينقلب العصير خلا ، ولو كان ما قالوا صحيحا لكان خل العصير وخل العنب لا خل الخمر .

→

وابي ثور وداود اربعون وان عمده هؤلاء ان النبي (ص) لم يحد في ذلك حداً ، وانما كان يضرب فيها بين يديه ضربا غير محدود ، وان ابا بكر (ص) شاور اصحاب رسول الله (ص) كم بلغ ضرب رسول الله (ص) لشرب الخمر ؟ فقدروه اربعين ، وروى عن ابي سعيد الخدري ان رسول الله (ص) ضرب في الخمر بنعلين اربعين فجعل عمر مكان كل نعل سوطا ، وروى من طريق آخر عن ابي سعيد الخدري ما هو اثبت من هذا ، وهو ان رسول الله (ص) ضرب في الخمر اربعين ، وروى هذا عن النبي (ص) من طريق اثبت ، وبه قال الشافعي .

فصل

لا حد إلا بشرب الخمر

٨١١٤ - ولا يجب الحد عند اصحابنا بشيء من المشروبات سوى الخمر ، ولا يوجبون الحد في شرب ما طبخ ولم يذهب الثلث منه ، واقل من ذلك وإن كان محرما عندهم •

٨١١٥ - وقال الشافعي يحد ، وكذلك عندنا نقيع الزبيب ونبيذ العسل والدبس ونقيع التمر وإن اشتد وغلا •

٨١١٦ - وكان ابو حنيفة لا يحرمه ، وكان ابو يوسف مرة يحرم كل ما لم يفسد في عشرة ايام ثم رجع وقال لا يحرم •

٨١١٧ - وكان محمد بن الحسن يكثر شربه ويقول ان شربه وتركه افضل من شربه وإن لم يقل انه حرام ، ولا يحد بشرب شيء من ذلك حتى يسكر •

٨١١٨ - وروى الحسن بن زياد عن ابي حنيفة وهو قول حماد انه لا يجب الحد بشرب ما أبيع شربه قبل السكر •

فصل

الشربة المحرمة

٨١١٩ - وقال ابو حنيفة اذا سكر فكل شيء شرب قبل ذلك فهو حلال ولا يحرم غير الشربة التي كان عندها السكر •

٨١٢٠ - وقال ابو يوسف يصير جميع ما شرب حراما ، وصار جلوسه للشرب حراما والمشي اليه حراما •

فصل القعود للشرب

٨١٢١ - واجمعوا ان القعود للشرب وادارة الكأس فسق تزول به
العدالة لانه فعل السفهاء •

فصل حد السكر

٨١٢٢ - وحد السكر الذي يوجب الحد ان لا يعرف الرجل من
المرأة ولا الارض من السماء • وقال أبو يوسف ان يكون اكثر كلام
صاحبه التخليط • وقال بعضهم لا يقرأ السورة على الولا (كذا) وفيه
خلاف كثير •

فصل بيع الخمرة وشراؤها

٨١٢٣ - وقد اختلف في بيعه وشرائه وطلاقه وقذفه وهبة ماله وسائر
عقوده وافعاله ، فمنهم من اجاز الجميع ومنهم من قال لا يجوز الجميع
ومنهم من قال كل ما لا يعتبر فيه القصد والنية يجوز منه ويلزمه حكمه
وما يعتبر فيه ذلك لا يجوز •

٨١٢٤ - وفي الاشربة كتب منفردة وفيها مجلدات في الكثرة ونسما
دوى في الاباحة والخطر وفي الذي ذكرت معرفة البعض الواقع •
واذا قد ذكرنا حكم المشروبات وقلنا ان في بعضها يجب الحد وفي
البعض لا يجب وحب ان نذكر المأكولات ، وهل لها هذا الحكم ام لا •

كتاب الأطعمة

وهذا كتاب الأطعمة

٨١٢٥ - اعلم ان الكلام في المآتولات يحتاج اليه الحاكم ليعلم ما يجوز اكله ويصح بيعه ، ومنها ما يصح بيعه ولا يجوز اكله ، ومنها ما لا يجوز فيه الاكل ولا البيع •

فصل

٨١٢٦ - وجملته القول ان ليس من المآكولات ما يجب بأكله الحد ولا شرع فيه وان كان الشرع قد نهى عن أكله وغلظ التجريم فيه ، وانها بخلاف المشروبات في ذلك ، فان أمرها يقسم على قسمين •
فمنها ما يجب به الحد على شارب سواء كان في ملكه أو ملك غيره ، وهذا كالخمر • وهذا قول جميع العلماء اذا كان الشارب لذلك مسلماً مكلفاً ، ولا يجب الحد على ذمي ولا صبي ولا مجنون ولا على مكره ولا مكره ولا أمر بذلك ، أو مشير به ونديم وحامل ولا بائع ولا مشتر وان ائتموا بذلك ، وقد تقدم بيان حد الحر والعبد وانه على النصف فيما يتبعض من الحدود •

فصل

حد المأكول

١٨٢٧ - فاما المأكول فليس فيه حد الا حد السرقة على قول من يرى ان المأكول يجب بسرقة الحد وهو القطع ، وقد تقدم ذلك •

فصل

٨١٢٨ - وقد يستوى المأكول والمشروب في الفسق لمن فعل ذلك كمن أكل لحم الخنزير والميتة في غير حاله الضرورة • ويكفر المستحل

لذلك كما يكفر مستحل الخمر •

فصل

ضمان إتلاف المأكول

٨١٢٩ - وكل مأكول يجب باتلافه الضمان ولا فرق بين ان يكون الملك فيه لمسلم أو ذمي ، وفي المشروب ما لا يجب بشربه الضمان وهو الخمر اذا كانت لمسلم ، وان كانت لذمي فاصحابنا قالوا يجب باتلافها الضمان على المسلم والذمي والصغير والكبير ، وقال الشافعي لا يجب الضمان على متلف خمر لذمي كانت أو لمسلم ، واختلف اصحابنا فيمن كسر على مسلم جرة فيها خمر أو شق عليه زقا ، فقال ابو يوسف لا يضمن الزق ولا الخمر •

وقال محمد يضمن الزق ولا يضمن الخمر ، وفرق اصحابنا بين المسلم والذمي ، فقالوا : الذمي اقر على تملكها فهي مال له والمسلم لم يقر على ذلك والضمان يتبع الاقرار على المال •

فصل

إتلاف خنزير الذمي

٨١٣٠ - واختلفوا في الخنزير اذا اتلف على الذمي فمنهم من اوجب قيمته ومنهم من نفاه ، واتفقوا انه لا يضمن في حق المسلم بحال •

فصل

٨١٣١ - ونحن نفضل مسائل المأكول ليعلم ذلك من الحيوان وغيره ، اتفق العلماء على تحريم الميتة اذا كان لها دم مسروح الا عند الضرورة ، وكل الحيوان في ذلك سواء الا السمك وانجراد فانهم اباحوا ذلك في حالة الاختيار •

فصل السك الطافي

٨١٣٢ - وقال اصحابنا لا يحل مامات حشف انفه من السمك وهو الطافي .

٨١٣٣ - وقال الشافعي يحل ذلك وهو المصطاد سواء في الاباحة واذا لم يحل اكله عندنا لم يجز بيعه ، فاذا اختصم في الثمن الى الحاكم لم يقض به ، ولا يوجب على الأكل قيمة له ، وعنده يجب الثمن والقيمة عند التلف .

فصل ماله ناب أو مخلب

٨١٣٤ - وعندنا يحرم من الحيوان كل ماله ناب أو مخلب ولا يحل اكله . وقال مالك لا يحرم من الحيوان الا الميتة والدم ولحم الخنزير ، وما سوى ذلك فحلال .

وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه نهى عن اكل كل ذي ناب من السباع وذي مخلب من الطير^(١) .

(١) جاء في جامع مسانيد الامام (٢/٢٣٢) ابو حنيفة عن قتادة عن ابي قلابة عن ابن ثعلبة الخشني عن النبي (ص) انه نهى عن اكل كل ذي ناب من السباع أو مخلب من الطير . وروى ابو حنيفة هذا الحد ايضا عن مكحول الشامى عن ابي ثعلبة عن النبي (ص) (٢/٢٣٣ و ٢٣٤ من جامع مسانيد الامام) كما رواه من طرق اخرى . (ايضا) .

وفي بلوغ المرام (ص ٢٤٥ رقم ١١٣٤) عن ابن هريسة (رض) عن النبي (ص) قال : كل ذي ناب من السباع فاكله حرام ، رواه مسلم واخرجه من حديث ابن عباس بلفظ نهى ، وزاد وكل ذي مخلب من الطير .

فصل

لحم الخيل

٨١٣٥ - وكره ابو حنيفة أكل لحم الخيل ، واجاز بيعها ، وقال ابو يوسف ومحمد لا يكره ذلك^(١) ، واختلفوا عن ابي حنيفة في الكراهة فمنهم من قال كراهة تحريم ويأثم بالاكل ، ومنهم من قال فيه كراهة تنزيه . وقال به الشافعي ، لانه ذو حافر اهلي فهو كالبلغل والحصار .

فصل

البلغل والحصار الاهلي

٨١٣٦ - وقال اصحابنا والشافعي البلغل والحصار الاهلي حرام خلاف مالك ، واتفقوا على اباحة حمار الوحش فاجاز جماعة ذلك ، وقال بشر بن غياث هو حرام كالااهلي . واتفق الجميع على جواز بيع الجميع من اباحه ومن حرمه .

فصل

لحم الفيل والقرد

٨١٣٧ - وقال اصحابنا اكل لحم الفيل حرام لانه ذو ناب وبيعه حلال وقالوا بيع القرد حرام واكل لحمه حرام .

فصل

الاضطرار إلى أكل الميتة

٨١٣٨ - ومن اضطر الى ميتة فانه يأكل ما يسد الرمق ولا يشبع ، وقال الشافعي يشبع في احد قوليه ، وان وجد طعام الغير وميتة اكل الميتة ،

(١) في بلوغ المرام (ص ٢٤٥ رقم ١١٣٥) عن جابر (رض) قال : نهى رسول الله (ص) يوم خيبر عن لحوم الحمر الأهلية واذن في لحوم الخيل . متفق عليه ، وفي لفظ للبخاري : ورخص .

وقال الشافعي يأكل الميتة ولا يأكل الصيد^(١) . وقال زفر يأكل الصيد ، وهو أحد قولي الشافعي .

فصل

بيع الفهد والسبع

٨١٣٩ - وقال اصحابنا بيع الفهد والسبع حلال واكله حرام ، والكلب مثل ذلك ، وقال الشافعي لا يجوز بيع النكب ولا أكله وله في الاجارة وجهان .

فصل

الضبع والضب وابن آوى

٨١٤٠ - واخار الشافعي بيع الضبع والضب وابن آوى واجاز كل ذلك ، ومن اصحابه من قال في ابن آوى وجهان .

فصل

حشرات الارض

٨١٤١ - وسائر حشرات الارض لا يجوز اكلها عندنا ولا يجوز بيعها^(٢) كالحية والعقرب والدود والخنافس والعظاية^(٣) والسام أبرص

(١) وازن الفقهاء في هذه المسألة بين حق الغير وبين اضطرار المضطر الى حفظ نفسه وفاتهم ان ينظروا الى عامل آخر في الموضوع هو ان لحم الميتة مضر بالصحة وقد يصاب أكله بامراض أو تسمم ، وان له بالتالي عند الاضطرار ان يأكل مال الغير بقدر ما يسد الرمق على ان يدفع لصاحب المأكول قيمة ما أكل من ماله .

(٢) في عصرنا هذا ينبغي القول بجواز بيع الحشرات اذا تحقق بذلك غرض مشروع .

(٣) العظاءة والعظاية (بالفتح والكسر) دويبة ملساء اصغر من الجزدون تمشي مشيا سريعا ثم تقف . وهي انواع كثيرة جمعها عطاء (بالكسر والفتح) وعظايا وعظايات (المنجد) .

والذباب والزناير كلها • واجاز الشافعي بيع المحل منفردا عن الكورات
وبيع دودة القز • وعندنا لا يجوز ذلك كما لا يجوز اكله •

فصل

الأنعام

٨١٤٢ - وكل ما وقع عليه اسم الانعام فهو حلال وبيعه جائز صغيرا
كان أو كبيرا ، وهذا كالبقر والغنم والابل ولا نعلم خلافا في ذلك •

فصل

الصيد

٨١٤٣ - وكل ما وقع عليه اسم الصيد فمتقسم ، منه ما يجوز اكله ،
وهو بقر الوحش والظباء والابل وكبش الجبل واليحمور^(١) وما يتولد من
ذلك •

فصل

الصيد الحرام

٨١٤٤ - ومنه ما هو حرام وهو الذئب والثعلب والسبع والثعلب والفهد
والببر^(٢) والسنور الاهلي والوحشي سواء في ذلك والدب واليربوع وابن
عرس والضب من الحرام • ومالك المخالف في ذلك كله والشافعي في
البعض •

فصل

الارنب

٨١٤٥ - واجازوا اكل الارنب وبيعه •

(١) اليحمور الاحمر نوع من الايائل قصير الذنب لكل من قرنيه
ثلاث شعب •

(٢) البَبْر والبَبِير • ج : ببور • نوع من السباع الهندية ،
وهو ابيض البطن والجانبين ومخطط بخطوط سود (المنجد) •

فصل

النسر والصقور إلخ

٨١٤٦ - وقالوا لا يؤكل النسر ولا الصقر ولا الباز ولا الباشق ولا الحذاء ولا الشاهين ولا كل جارح يصيد وكرهوا أكل الرخم والجباري واليوم و...^(١) والغداف • ورخص أبو حنيفة في العقعق وغراب الزرع، وكره أكل الأبقع وتفصيل ذلك كثير •

فصل

بيع حيوان البحر

٨١٤٧ - وقال أصحابنا جميع حيوان البحر وحيوان الماء يكره إلا السمك فإنه يؤكل إلا الطافي وسائر أنواع السمك والجبرى والماء ما هي وسائر أنواعه^(٢) ولا يؤكل من حيوان البحر غير ذلك كالسرطان والضفدع والرق والسلاحف •

وقال الشافعي: كل حيوان يؤكل مثله في البري يؤكل مثله في حيوان البحر وحيوان الماء ما كان مولده ومنشأه في البحر • فاما ما يعيش في الماء ويشب في البحر كالبط والكراكي والأرذ فليس من حيوان البحر •

فصل

جنين البقرة الميت

٨١٤٨ - ومن ذبح بقرة أو شاة أو نحر ناقة فخرج منها جنين ميتا فإنه لا يؤكل عند أبي حنيفة وزفر والحسن بن زياد • وقال أبو يوسف ومحمد لا بأس بأكله • وقال محمد إذا اشعر^(٣) ، فإن لم يكن اشعر فإنه

(١) كلمة مبهمه في نسختي (ق) والمعهد •

(٢) كذا في نسخة (ق) ونسخة المعهد اشد ابهاما •

(٣) في بلوغ المرام (ص ٢٤٩ رقم ١١٥٧) عن أبي سعيد الخدري (رض) قال: قال رسول الله (ص) ذكاه الجنين ذكاه أمه • رواه أحمد وصححه ابن حبان •

لا يؤكل • وقال الشافعي يؤكل •

٨١٤٩ - واتفق الجميع على انه اذا خرج حيا انه لا يؤكل حتى يذكى لأن الذبح لم يحصل في الجنين وانما مات بسبب موت الام ، ولا يعلم فيه ايضا حياة سابقة ، والخبر^(١) قال أبو حنيفة انما هو تعليم لنا كيف يذبح الجنين ويذكى • واذا لم يؤكل لم يجز بيعه كالميتة •

واذا قد ذكرنا ما يجوز ان يؤكل ويباع ولا يؤكل وما لا يباع ولا يؤكل بقى ان نذكر ما يجوز ان يؤكل ولا يباع ، وهذا يكون في الهدايا والضحايا ودم الاحرام •

(١) الظاهر ان يقصد بذلك ما ذكره (جامع مسانيد الامام ٢/٢٢٥) من ان الجنين الذي تذبح امه وهو في بطنها لا تكون ذكاته ذكاة امه ، وقد روى هذا الخبر ابو حنيفة عن حماد عن ابراهيم ، واخرجه الامام محمد بن الحسن في الآثار ، فرواه عن الامام ابي حنيفة ، ثم قال محمد ولسنا نأخذ بهذا ، ويصير الجنين مذكى بذكاة امه ، واخذ ابو حنيفة بقول ابراهيم •

كتاب الضحايا

وهذا كتاب الضحايا^(١)

٨١٥٠ - اعلم ان الكلام يقع في الاضحية في مواضع منها الوجوب ومنها على من تجب ومنها في اي مكان تجب ومنها في اي حيوان تجب ، ومنها هل تجب بالشرع ام بالنذر ومنها زمان فعلها ، ومنها جواز الانتفاع بها ، ومنها هل يجوز ان يأكل منها ، ولها شعب وسائل •

فصل

وجوبها بالشرع

٨١٥١ - فاما وجوبها بالشرع فقال أبو حنيفة وزفر والحسن بن زياد ومحمد بن الحسن انها واجبة ، وروى ذلك ايضا عن ابي يوسف •
٨١٥٢ - وقال ابو يوسف في الجوامع انها سنة مؤكدة ، وهو قول الشافعي وقد قال النبي عليه الصلاة والسلام لابي بردة بن نيار^(٢) ، يجزى ولا يجزى احدا بعدك ، وهذا لا يقال (الا) فيما لم يجب •

فصل

على أهل اليسار

٨١٥٣ - وتجب على اهل اليسار فمن يملك مائتي درهم أو صابا

(١) الأضحية • ج : أضحي والأضحية والأضحية • ج : اضاحي : الضحية • يوم الاضحى هو يوم النحر (المنجد) •

(٢) ابو بردة بن نيار واسم ابي بردة هانيء من قضاة وهو خال البراء بن عازب الانصاري (المعارف لابي قتيبة ، ص ٣٢٦) ، وقد جاء في بداية المجتهد ١/٣٤٣ في كتاب الضحايا « قال ابو حنيفة الضحية واجبة على المقيمين في الامصار الموسرين ولا تجب على المسافرين وخالفه صاحباه ابو يوسف ومحمد فقالا انها ليست بواجبة ، وروى عن مالك مثل قول ابي حنيفة • ولما أمر (ع) لابي بردة باعادة اضحيته اذ ذبح قبل الصلاة فهم قوم من ذلك الوجوب • ومذهب ابن عباس ان لا وجوب » (وانظر حديث ابن بردة في كتاب الضحايا من الموطأ ص ٢٨٨ ، ط كتاب الشعب) •

يجب فيه الزكاة بعد منزله وخادمه وكسوته وثياب بدنه وما يتأث به في منزله • لان من اوجبها يقول هذا شرط الوجوب ومن لم يوجبها لم يعتبر ذلك •

فصل

على المقيمين

٨١٥٤ - ولا تجب الا على اهل الامصار والقرى والبوادي المقيمين دون المسافرين والحجاج ، وهكذا قال من اوجبها انها تجب ، وليس هذا شأن صلاة العيد عند من اوجبها •

فصل

الذبح بعد الصلاة

٨١٥٥ - ويذبح في المصر بعد الصلاة ولا يجزى من ذبح قبل الصلاة ، وفي السواد اذا اطلع الفجر • وقال الشافعي اذا مضى قدر صلاة النبي صلى الله عليه وسلم فهو وقت الذبح • وقال مالك في الجميع بعد الفجر •

فصل

زمان الذبح

٨١٥٦ - وزمان فعلها فهو آخر يوم النحر ويومان بعده عندنا ، والليل والنهار في ذلك سواء الى آخر يوم الثاني عشر ، واولها افضلها • وقال الشافعي يوم النحر وثلاثة ايام بعده ، وقولنا فروى عن ابن عباس وابن عمر وانس بن مالك وسعيد بن المسيب وسعيد بن جبير والحسن وابراهيم ، والقياس لا يوجهه فيجب ان يكون مقبولا من طريق التوقيف •

فصل

التصدق بها بعد مضي الايام

٨١٥٧ - وان اوجب شاة بعينها أو اشتراها ليضحى بها فمضت الايام

قبل ذبحها فانه يتصدق بها حية ولا يحبس منها شيئاً لانها لم تذبح فبلغ محلها • وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف ومحمد •

٨١٥٨ - وقال الشافعي يذبحها • وقال الكرخي يجوز له ان يتصدق بقيمتها كما يتصدق بالقيمة فيما قلناه في الكفارة لانه انفع للفقراء •

صدق الفطر

فصل

التصدق بخبز بر

٨١٥٩ - وقد اوجب اصحابنا اربعة ارطال خبز بر في صدقة الفطر لانه انفع للمساكين •

فصل

التصدق باللحم

٨١٦٠ - ويجوز ان يتصدق باللحم لانه مقصود الايجاب ولا يجب ذلك عندنا ولا يتعين • وقال الشافعي يجب •

فصل

عن تجب صدقة الفطر

٨١٦١ - وتجب عن نفس الانسان وعن اولاده الصغار فحسب ولا تجب عن عبد ولا احد من عياله ولا ولده الكبير ، لانها تجب لأجل المال عن الاشخاص فهي كصدقة الفطر ، ولولا الاجماع لا وجبت عن العبد ايضا •

فصل

عن ابن ابنه

٨١٦٢ - وقد روى الحسن بن زياد انه يضحى عن ابن ابنه اذا كان ابوه ميتا •

فصل

هل يضحى من مال الصغير؟

٨١٦٣ - وان كان للصغير مال ضحى منه الاب والوصي عند ابي حنيفة وابي يوسف •

٨١٦٤ - وقال زفر : لا يضحى من مال الصبي فان فعل فهو ضامن ، وكذا روى الحسن بن زياد عن ابي حنيفة وزفر ، ومن ولد في ايام الاضحى ضحى عنه ، ومن مات فيها سقط عنه الاضحية عنه •

فصل

مضى أيام الذبح

٨١٦٥ - وان مضت ايام الذبح سقطت الاضحية عنه ولا تسقط صدقة الفطر بمضي يوم الفطر ، وقال الحسن بن زياد يسقط الجميع •

فصل

مراعاة موضع الذبح

٨١٦٦ - ويراعى في الاضحية موضع الذبح لا موضع المذبح عنه ، وفي المال يراعى موضع المال في الزكاة •

فصل

الذبح في المصر

٨١٦٧ - ولا يذبح في المصر اذا لم يصل الامام حتى منتصف النهار ، فاذا انتصف جاز له الذبح وان لم يصل الامام •

فصل

ما يجوز من الاضاحي

٨١٦٨ - ولا يجوز في الاضاحي الا الابل والبقر والغنم ولا يجوز

ان يضحي بشيء من الحيوان سوى ما ذكرناه لان المرجع في ذلك الى الشرع وما فعل النبي صلى الله عليه وسلم في ذلك .

فصل

سن الأضحية

٨١٦٩ - ولا يجوز الا بسن مخصوصة من كل نوع من ذلك ، على صفة مخصوصة في الخلقة ، فالمعتبر في السن التي من الابل والبقر والمعز وفي الجذع من الضأن خلاف رواية انه لا يجزى وفي الاخرى انه يجزى ، وكذلك الخلاف في الزكاة .

فصل

ثني الابل والبقر

٨١٧٠ - وثني الابل هو الذي قد خرج من السنة الخامسة ودخل في السادسة ويجوز بما زاد على سن التي الى النازل ، وثني البقر الذي له ستان وقد دخل في الثالثة ، وثني المعز الذي له سنة وقد دخل في الثانية ، والجذع هو الذي له زيادة على ستة اشهر .

فصل

العمياء والعرجاء والجرباء إلخ

٨١٧١ -- ولا يجوز ان يضحي بعمياء ولا عرجاء لا تمشي الى المنسك ولا مقطوعة الاذنين أو الألية ولا الخرقاء^(١) ولا الصماء ولا المريضة ولا

(١) في بلوغ المرام (ص ٢٥٠ رقم ١١٦٢) عن البراء بن عازب (رض) قال : قام فينا رسول الله (ص) فقال : اربع لا تجوز في الضحايا : العوراء البين عورها والمريضة البين مرضها والعرجاء البين عرجها والكسير التي لا تنقي (اي لا نقي لها وهو المنح) وفيه دليل على ان العيب الخفيف في الضحايا عفو عنه) . رواه أحمد والاربعة وصححه الترمذي وابن حبان . والخرقاء من الغنم ان يكون في اذنها خرق أو ثقب مستدير (لسان العرب) .

العوراء ، واعتبر اصحابنا ان يبقى من الاذن اكثر مما قطع منها في اجواز ذلك وكذلك الالية والعين •

٨٢٧٢ - وقد روى عن النبي عليه السلام انه قال استشرفوا العين والاذن •

فصل

صفات لا يعقل معناها

٨١٣٧ - واذا طريق (ما) ذكرناه التعبد والمصلحة جاز ان يعتبر صفات لا يعقل معناها •

فصل

في الاضاحي مسائل للحكم

٨١٧٤ - وانما ذكرنا هذه المعاني لجواز ان يوصى رجل باضحية أو يقر انه نصب اضحية غيره فيجب ان يعلم الحاكم ما يقضي به عند الاقرار وما يتقدم به عند الوصية فلهذا المعنى ذكرت الضحايا وحسن ذكرها في هذا الكتاب مع ان فيها مسائل للحكم فيها مدخل •

فصل

ما لا يجزى من الاضاحي

٨١٧٥ - ولا يجزى بقر الوحش في الضحايا ولا الضباء ، فان نزا نور وحشي على بقرة اهلية فولدت منه أجزى الولد في الاضحية ، وتعتبر الام دون الآباء في الزكاة والاضحية •

٨١٧٦ - والشافعي يقول لا يجب في المتولد من الظباء والبقرة الوحش زكاة ، ولا اعرف قوله في الاضحية ، والحنابلة يوجبون الزكاة في بقر الوحش ، ولا اعرف قولهم في الاضحية •

فصل

- ٨١٧٧ - وتجزي البقرة عن سبعة وكذلك البدنة اذا اشتركوا^(١) ، ولا تجزي الشاة الا عن واحد ، ولا فرق بين ان تختلف جهات القرب في ذلك أو تتفق بعد ان يكون ذلك كله للقربة . وان كان فيهم من يريد اللحم لينه أو ذمي فان ذلك لا يجزي لواحد من الجماعة عن الاضحية ولا عن الهدى . وان كان احدهم ميتا فهو كالحي عند ابي حنيفة ومحمد .
- ٨١٧٨ - وقال أبو يوسف هو كمن يريد اللحم لانها سقطت عنه .
- ٨١٧٩ - وقال زفر بن الهذيل متى اتفقت القرب جاز الاشتراك ، وان اختلفت القرب لم يجز ، وقد نحر النبي صلى الله عليه وسلم مائة بدنة في حجة ، والواجب عليه البعض فلا بد ان يكون الباقي تطوعا .

فصل

تعيب الأضحية

- ٨١٨٠ - ومن اوجب اضحية فدخلها عيب قبل يوم النحر فان (كان) موسرا لم تجزه وعليه بدلها وان معسرا اجزته لانه لا اضحية عليه .

(١) في بلوغ المرام (ص ٢٥٠ - ٢٥١ رقم ١١٦٤) عن علي (رض) قال : امرنا رسول الله (ص) ان نستشرف العين والاذن ولا نضحي بعوراء ولا مقابلة ولا مدابة ولا خرقاء ولا ثرماء . اخرجهم أحمد والاربعة وصححه الترمذي وابن حبان والحاكم .

والاستشراف ههنا هو تأمل السلامة من آفة تكون . والمقابلة ما قطع من طرف اذنها شيء وبقي معلقا . والمدابة ما قطع من مؤخر اذنها شيء ثم ترك معلقا . والخرقاء التي في اذنها ثقب مستدين . والثرماء التي سقطت ثنيبتها .

وفي بلوغ المرام (ص ٢٥١ رقم ١١٦٦) عن جابر بن عبد الله (رض) قال : نحرنا مع رسول الله (ص) عام الحديبية البدنة عن سبعة والبقرة عن سبعة . رواه مسلم .

٨١٨١ - وقال الشافعي له ذبحها ، والخلاف في جواز بيعها وإزالة الملك عنها بالنذر مع ان عندنا ليس النذر يزيل الملك وله الابدال .
وقال ابو يوسف والشافعي ليس له ذلك •

فصل

ذبح أضحية غيره

٨١٨٢ - واذا ذبح الرجل أضحية بغير اذنه فالقياس انه يجب عليه الضمان ولا يجزيه وهو قول زفر ، والاستحسان انه لا شيء عليه ويجزيه •
٨١٨٣ - وقال الشافعي يجزيه ويغرم نقصان ما بين قيمتها حية ومذبوحة لانها اذا اجزت فكانه أمره بذلك •

فصل

٨١٨٤ - واذا غلط الرجلان فذبح كل واحد أضحية صاحبه فانه يجزى كل واحد ذبح الآخر في الاستحسان لانه يتم كل واحد قربة الآخر ، والقياس انه فعل بغير ولاية ولا اذن فلم يجزه •

فصل

تولي الذبح بنفسه

٨١٨٥ - ويجوز ان يتولى الذبح بنفسه وبغيره والمستحب ان يتولى ذلك بنفسه •

فصل

تولية الذمي ذبح الأضحية

٨١٨٦ - وان ولاه رجلا من اهل الذمة نصرانيا أو يهوديا اجزاء ، وكره ذلك • لانه ليس كل واحد يحسن الذبح •

فصل

الانتفاع بلبن الأضحية وصوفها

٨١٨٧ - ولا يجوز ان ينتفع بلبنها ولا صوفها قبل الذبح فان اخذ ذلك تصدق به ، وله ان ينتفع بعد الذبح وكذلك هدية المتعة والقران •

٨١٨٨ - وقال الشافعي له ان ينتفع باللبن حال الحياة •

فصل

التصدق بثلث الأضحية

٨١٨٩ - والمستحب له ان يتصدق بالثلث من ضحيته • وقال في الاصل : وما احب ان يتصدق باقل من الثلث ، ولا شيء عليه اذا اكلها كلها •

٨١٩٠ - قال محمد عن ابي حنيفة انه كان لا يرى بأساً ان يطعم اضحيته ولا يأكل منها وله ان يطعم الغني والفقير جميعا •

فصل

جلد الأضحية

٨١٩١ - وقال اصحابنا لا يبيع جلدها ولا يعطيه بكراء جزايرها ، ويجوز ان يتخذ منه ما ينتفع به في منزله مثل متاع البيت ، وان يتخذ منه ما يفرش فيه أو ينام عليه وان باعه بورق أو ثمن تصدق به ، والقياس فيه انه يجوز ان يشتري به ما يؤكل أو ينتفع به من متاع البيت •

فصل

ولد الأضحية

٨١٩٢ - وان ولدت الاضحية فانه يذبح مع امه ، فان باعه أو ذبحه واكله تصدق بقيمته •

٨١٩٣ - وهذه الجملة من عيون مسائل الاضحية • واذا قد ذكرنا ذلك وكان الصيد منه ما يجوز أكله وما لا يجوز وتقع المشاركة فيه والدعاوى في ملكه وجب ذكره^(١) •

(١) الصيد من اسباب التملك ، فمناسبتة مع الاضحية ضعيفة •

كتاب الصيد

فصل

مسائل الصيد

٨١٩٤ - اعلم ان الصيد يقع الكلام فيه والحاجة الى الحاكم والفقهاء في معرفة الصيد وكيفية ذلك ونحن نفصل ما يمكن من اصول الكتاب والكلام في مواضع منها الصائد من هو ومنها صفة فعله في الصيد ، ومنها اعتبار الآلة التي يصيد بها ، ومنها الحالة التي يملك الصيد فيها ، ومنها ما يحل من الصيد وما يحرم منه ، ومنها الموضع الذي يباح فيه الصيد ويحرم ومنها اعتبار الفعل الواقع فيه ، ومنها حكم الصيد اذا انفلت من الصائد ومنها مشاركة من لا يحل صيده لمن يحل ، ومنها ما يلزم الصائد ضمانه وما لا يلزمه ، ومنها حكم الصيد اذا ارسله الصائد من يده ، ومنها موت الصائد وما يورث عنه من الصيد وما لا يورث ، ومنها جواز بيع الصيد والتصرف فيه ، ومنها اختلاف الجماعة في الصيد ودعوى كل واحد انه له . ويتعلق بهذه الجملة فصول كثيرة ويتفرع عليها من الفروع ويتقدمها من الاصول .

فصل

٨١٩٥ - اعلم ان الله تعالى اخبر في كتابه ان رسوله صلى الله عليه وسلم سئل عن اشياء فيها وبين حكمها وسئل عن اشياء فلم يجب عنها اما لانه تعالى لم يطلعه على حكمها أو اطلعه على علمها ولكنه لم يأذن له في الجواب عنها لما في ذلك من الصلاح له ولغيره من الناس ونحن نذكر من ذلك عدة مواضع على ما يسهل الله تعالى ويحضر حفظه في هذه الحال لان

في بعضها حكما يحتاج اليه الحاكم والعالم ان يعمل به ويفتي الغير به لان
منها سؤال عنت سألته غير المؤمنين ومنها سؤال خاص سألته آحاد الناس ،
ومنها سؤال عموم في الظاهر والمراد به الخصوص ومنها سؤال خاص والمراد
به العموم .

فصل

الاستخبار والأخبار

٨١٩٦ - وكل سؤال فهو استخبار ، وكل جواب فهو اخبار ،
والجواب اما ان يكون مطابقا للسؤال أو زائدا عليه أو ناقصا عنه أو عدولا
الى غيره أو ضمن غيره اليه .

فصل

الآيات الواردة في السؤال

٨١٩٧ - فمن ذلك قوله تعالى (يسألك الناس عن الساعة)^(١) .
وقال « يسألوك عن الساعة »^(٢) كرر ذلك في عدة مواضع والجواب
في جميعها محال الى علم الله ، تعالى فقال (انما علمها عند ربي)^(٣)
(ولعل الساعة قريب يستعجل بها الذين لا يؤمنون بها والذين آمنوا
مشفقون منها)^(٤) ولم يحد في ذلك حد ولا وقت ، وذكر تعالى لها علامات

(١) يسألك الناس عن الساعة قل انما علمها عند الله (الاحزاب
٣٣/٦٣) .

(٢) يستلونك عن الساعة ايان مرساها قل انما علمها عند ربي
لا يجليها لوقتها الا هو ، ثقلت في السموات والارض ، لا تاتيكم الا بغتة ،
يستلونك كأنك حفي عنها ، قل انما علمها عند الله ولكن اكثر الناس
لا يعلمون . (الاعراف ١٨٧/٧) .

(٣) الاحزاب (٣٣/٦٣) .

(٤) الشورى (٤٢/١٨) .

بقوله (اذا السماء انشقت)^(١) ، (واذا الشمس كورت)^(٢) ، (وجمع الشمس والقمر)^(٣) ، وتكون (الجبال كالعهن)^(٤) ، وذلك كثير ليس هذا موضعا له •

فصل

٨١٩٨ - ومن ذلك قوله تعالى (يسألونك عن الشهر الحرام قتال فيه ؟ قل قتال فيه كبير)^(٥) فأجاب عما سئل وضم الى ذلك ما لم يسئل عنه فقال : (وصد عن سبيل الله وكفر به) الآية •

فصل

٨١٩٩ - ثم قال (ويسألونك عن الخمر والميسر قل فيهما اثم كبير ومنافع للناس)^(٦) اخبر ان اثمها اكبر من نفعها ثم قال (ويسألونك ماذا ينفقون قل العفو)^(٧) ، وقال (ويسألونك عن اليتامى قل اصلاح لهم خير)^(٨) ورخص لهم في المخالطة في اموالهم ، وقال (ويسألونك عن المحيض قل هو اذى فاعتزلوا النساء في المحيض)^(٩) امر بالاعتزال ونهى عن القرب وبين حكم الحيض انه اذى واباح الزوجة بعد الطهر من الحيض هذه اسئلة المؤمنين وطلب معرفة الدين •

(١) اذا السماء انشقت واذنت لربها وحقت (الانشقاق ١ / ٨٤) •

(٢) التكوير (١ / ٨١) •

(٣) المعارج (٩ / ٧٠) •

(٤) البقرة (٢١٧ / ٢) •

(٥) البقرة (٢١٩ / ٢) •

(٦) البقرة (٢١٩ / ٢) •

(٧) البقرة (٢٢٠ / ٢) •

(٨) البقرة (٢٢٢ / ٢) •

فصل

٨٢٠٠ - ومن ذلك قوله تعالى « يسألك اهل الكتاب ان تنزل عليهم كتابا من السماء فقد سألوا موسى اكبر من ذلك فقالوا ارنا الله جهرة »^(١) وهذا سؤال عنت وما لاصلاح لهم فيه فلم يجابوا ونجوا •

فصل

السؤال عما أحل

٨٢٠١ - ومن ذلك ما نحن بسبيله نحو قوله تعالى « يسألونك ماذا أحل لهم ؟ قل أحل لكم الطيبات وما علمتم من الجوارح ، مكلّين تعلمونهن مما علمكم الله ، فكلوا مما أمسكن عليكم واذكروا اسم الله عليه واتقوا الله ان الله سريع الحساب »^(٢) •

ثم قال « اليوم أحل لكم الطيبات وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم وطعامكم حل لهم »^(٣) الآية •

فصل

دلال آية السؤال عما أحل

٨٢٠٢ - وفي الآية دلالة على عدة وجوه منها سؤال النبي صلى الله عليه وسلم عما يحل لهم في الجملة وما لا يحل لهم ، وطلبوا منه البيان ، وهذا من اسئلة المؤمنين ، وهو سؤال يشترك فيه كافة المؤمنين ولفظه نفي عموم ، والظاهر من الأمر انه سؤال البعض منهم ، لانه يستحيل ان يقع السؤال من جماعة المؤمنين في حالة واحدة •

(١) النساء (٤/١٥٣) •

(٢) المائدة (٥/٤) •

(٣) المائدة (٥/٥) •

فصل

٨٢٠٣ - ومنها جوابه عن السؤال بالمجمل من القول لانه تعالى قال (احل لكم الطيبات) وهذه كلمة ظاهرها يقتضي ما يستطيعه الانسان من الطيبات ويهواه ، ولا يجوز ان يراد بالآية الجميع لانه يدخل فيه من المحرمات [محرمات] كثيرة فينبغي ان تحمل الآية على الحلال المطلق لان الطيب هو الحلال والحرام لا يوصف بالطيب بل هو الخيث من الاشياء •

فصل

تعليم الجوارح

٨٢٠٤ - ومن ذلك قوله تعالى « وما علمتم من الجوارح » فاقضت الآية اباحة تعليم الجوارح مكليين ثم قال (تعلموهن مما علمكم الله) فاخبر عن الجوارح بانها تتعلم ما تعلمها واخبر بان ما فينا من العلم هو الذي علمناه ، وهذا خطاب المؤمنين خاصة ، لان السؤال وقع منهم ، فعلى هذا ينبغي ان يكون الصائت من المسلمين الذين يعقلون العلم ويصح منهم التعليم ، وهذا يخرج منه الصبي الذي لا يعقل والمجنون والمغنى عليه والسكران فانهم لا يصح منهم الارسال ولا الزكاة لانهم لا يدخلون في الخطاب على ان من الناس من يقول لا تصح زكاة صبي وان كان يعقل الذبح والتسمية اذا لم يبلغ مبلغ الرجال •

فصل

صيد اهل الكتاب

٨٢٠٥ - واجمعوا على ان اهل الكتاب من اليهود والنصارى في الصيد والذبائح كالمسلمين وانهم بخلاف المجوس وعبدة الاوثان والمرتدين •

فصل

الجوارح

٨٢٠٦ - والجوارح فكل جارح له ناب من السباع ذوي الاربع وكل

ذي مخلب من الطير ويدخل في الجملة الاولى الكلب والفهد والنمر والسبع والذئب ان تعلم ذلك ، وقد ادخل اصحابنا في ذلك ابن عرس .
رواه ابو يوسف .

٨٢٠٧ - وذو المخلب الباز والصقر والشاهين والباشق والعقاب والنسر ، وكل ذي مخلب اذا دعاه اجاب وان ارسله اخذ الصيد ، وهذه جملة لا خلاف فيها نعلمه .

وتعليم ذوات الاربع ان يمسك الصيد ولا يأكل منه شيئا ، ومتى يصير معلما ؟

٨٢٠٨ - قال ابو حنيفة : ان يقول اهل العلم بذلك انه قد تعلم . وقد روى عنه انه قال اذا ارسل على صيد فلم يأكل منه ثم ثانيا كذلك ثم ثالثا كذلك وكذا الرابع فهو معلم ، وهو قولهما في ذلك .

٨٢٠٩ - قال ابو حنيفة : انما لم يحد في ذلك حد لانه لا سبيل لنا الى ان الكلب قد صار معلما في الحقيقة .

لان ترك الصيد قد يكون لعبا من الجارح بالصيد فيجب ان يرجع الى غالب الظن الذي يقع عند الاجتهاد لانه الذي يمكن مع عدم العلم .

فصل

٨٢١٠ - فاذا صار من عادته الترك وهذا انما يعتبر في ذوات الاربع فان اكل من الصيد فانه لا يؤكل عند اصحابنا جميعا . وهل يؤكل ما اخذه قبل ذلك ام لا ؟

٨٢١١ - قال ابو حنيفة يحرم الجميع ولا يؤكل من ذلك شيء ، وقال ابو يوسف ومحمد يؤكل ما كان قد صاد قبل ذلك .

٨٢١٢ - وللشافعي في تحريم ما اكل منه قولان في احدهما يجوز كما يجوز اكل الجارح من الطير والثاني لا يجوز واختاره المزني .

٨٢١٣ - وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال : اذا ارسلت

كلبك المتعلم وسميت فيما اصاب من شيء فكل ، وان اكل فلا تأكل انما امسك على نفسه ، كذا قال ابن عباس وهو المروى في خبر عدي بن حاتم (١) ولان تعليم الكلب ترك الاكل ، والجوارح من الطير بالاكل لا يستويان (كذا) مع ذلك .

فصل

٨٢١٤ - وما أكل الكلب من الصيد بعدما حصل في يد صاحبه فانه لا يحرم الصيد وهو على تعليمه ولا فرق بين ان يطعمه المالك ذلك أو يأخذه بغير علمه بعد ان يكون حصل في يد المالك وكذلك ان اخذ من الصيد قطعة لحم فأكلها ثم تبعها واخذه فلم يأكل فهو على تعليمه .

واذا اكل من الصيد فانه لا يؤكل صيده حتى يرجع الى حالة التعلم لانه قد يحتمل ان يكون اكل من الصيد لجوع به أو لنسيان التعليم أو لانه لم يزل جاهلاً .

فصل

صيد المحرم

٨٢١٥ - وما يصيبه المحرم من الصيد فانه لا يملكه ، وان ذبحه لم

(١) ورد هذا الحديث في بلوغ المرام (ص ٢٤٧ رقم ١١٤٧) على النحو الآتي : عن عدي بن حاتم (رضي) قال : قال لي رسول الله (ص) : اذا ارسلت كلبك فاذكر اسم الله عليه ، فان امسك عليك فادركته حيا فاذبحه ، وان ادركته قد قتل ولم يأكل منه فكله ، وان وجدت مع كلبك كلبا غيره وقد قتل فلا تأكل فانك لا تدري ايهما قتله ، وان رميت سهمك فاذكر اسم الله ، فان غاب عنك يوما فلم تجد فيه الا اثر سهمك فكل ان شئت ، وان وجدته غريقا في الماء فلا تأكل . متفق عليه . وهذا لفظ مسلم . وانظر ايضا جامع مسانيد الامام (٢/٢٣٦) وفيه « ابو حنيفة عن حماد عن سعيد بن جبير عن ابن عباس انه قال : كل ما امسك عليك كلبك اذا كان معلما اذا قتل ولم يأكل ، فاذا اكل فلا تأكل ، فانما امسك على نفسه » .

يحل اكله لانه ممنوع من الصيد لصفة هو عليها من جهة الدين فهو كالمرتد وكذلك فما صاده الحلال في الحرم فهو مثل ذلك لأنه عليه السلام قال : ولا ينفر صيدها^(١) كما قال الله تعالى في المحرم لا تقتلوا الصيد وانتم حرم^(٢) .

٨٢١٦ - وللشافعي في ذكاة المحرم وجواز اكل الصيد قولان ، لانه محرم عليه من جهة الدين ، وقد دلت الآية على وجوب التسمية لانه قال فكلوا مما ذكر اسم الله عليه ، ودليل الآية انه لا يأكل مما ترك التسمية عليه .

فصل

التسمية عند الإرسال

٨٢١٧ - وعندنا التسمية واجبة على الذبيحة وعند ارسال الجارح على الصيد ، وعند رمي الحيوان ، ان ترك ذلك عامدا لم تؤكل الذبيحة ولا الصيد ، وان ترك ذلك ناسيا اكل ذلك .

٨٢١٨ - وقال ابو الحسن الكرخي رحمه الله ، المراد بالنسيان ، انما هو عدم العلم بالتسمية لا التشاغل عنها فيصير كالآدمي في الصلاة . وعلى هذا تستوى المسائل كلها وترك الاركان في الصلاة .

٨٢١٩ - وقال مالك بن انس لا يؤكل بحال وان كان ناسيا .

(١) اخرج الطبراني في الكبير عن ابن عمر قال : سمعت رسول الله (ص) يقول : احلت لي مكة ساعة من نهار ، ولا تحل لأحد من بعدي ، وهي حرام بحرمة الله الى يوم القيامة ، لا يعضد شجرها ، ولا يختل خلاها ولا ينفر صيدها ، ولا تلتقط لقطها الا لمنشدها ، قالوا الا الاذخر فانه لقيننا وبيوتنا ، قال الا الاذخر ، وفي المفردات للراغب الاصفهاني : الاذخر حشيشة طيبة الريح .

قال الهيثمي وفيه محمد بن القاسم وهو ضعيف .

(٢) المائدة (٥/٩٥) .

٨٢٢٠ - وقال الشافعي يؤكل في الحالين •

٨٢٢١ - وقال أصحابنا ان ذلك ميتة ولا يجوز بيع ذلك وان حكم
حاكم نقض حكمه لانه خلاف النص المقطوع به •

فصل

القصد إلى الصيد

٨٢٢٢ - ولا بد للصائد من قصد الى الصيد بالارسال أو الرمي ليصح
ان يكون قد حكم له بالشرائط التي ذكرنا •

فصل

٨٢٢٣ - وان وقع في حجره ويديه من غير قصد الى اخذه ملكه لانه
مباح حصل في يديه فهو كالماء يأخذه من العين •

فصل

آلة الصيد

٨٢٢٤ - واما الآلة التي يصيد بها منها الجوارح ومنها السهام ومنها
المعراض^(١) ومنها البندق فكل حيوان ادرك ذكاته وقدر على ذلك منه فلا
عبارة بجميع ما تقدم تلك الحالة من فعل الجارح والكلب والسهم المعراض
وحكمه حكم الشاة في جواز اكله اذا زكي وحصلت الزكاة الشرعية فيه
وستذكر ذلك في بابه ان شاء الله تعالى •

فصل

٨٢٢٥ - وما لم يقدر على زكاته من ذلك فانك تعتبر في جواز اكله ان

(١) المعراض خشبة ثقيلة أو عصا في طرفها حديدة وقد تكون بغير
حديدة • (بلوغ المرام ص ٢٤٧ هامش ١) •

يجرحه الجارح أو السهم أو الآلة فإذا لم يجرح فهو وقيد^(١) إذا مات من الصدمة وغيرها في الرواية المشهورة عن اصحابنا •

٨٢٢٦ - وروى الحسن عن ابي حنيفة انه قال اذا مات من فعل الجارح فلا بأس به •

٨٢٢٧ - وللشافعي قولان : لأن الجارح ما جرح وقيل في الوجه لرواية الحسن ان الجارح هو المتسبب ، ولهذا قال الله تعالى (ويعلم ما جرحتم بالنهار)^(٢) •

فصل

٨٢٢٨ - ومن ارسل كلبه المعلم وسمى وزجره^(٣) مجوسى أو مرتد أو محرم أو من لا تجوز زكاته ثم زجره مسلم وسمى أو كتابى فانزجر لزجره واخذ الصيد وقتله فانه لا يؤكل لان المعتبر الارسال دون غيره لان التسمية تقع عليه فإذا صح لم يضره ما كان بعده كما لو ذكاه المسلم حل •

(١) الاصل في ذلك ما روى عن عدي بن حاتم (رض) قال : سألت رسول الله (ص) عن صيد المعراض ؟ فقال : اذا اصبت بعده فكل ، واذا اصبت بعرضه فقتل فانه وقيد فلا تاكل • رواه البخاري • (بلوغ المرام ، ص ٢٤٧ رقم ١١٤٨ ، وجامع مسانيد الامام ٢/٢٣٩) • وفي المفردات للراغب الاصفهاني : ان الموقوذة هي المقتولة بالضرب •

(٢) الانعام (٦/٦٠) •

(٣) الزجر طرد بصوت ، يقال زجرته فانزجر ، قال (فانما هي زاجرة واحدة) ثم يستعمل في الطرد تارة وفي الصوت اخرى ، وقوله (فالزاجرات زجراً) اي الملائكة التي تزجر السحاب • وقوله (ما فيه مزدجر) اي طرد ومنع عن ارتكاب المأثم ، وقال (وازدجر) اي طرد ، واستعمال الزجر فيه لصياحهم بالمطروود ، نحو ان يقال اعزب وتنح ووراءك (المفردات في غريب القرآن للراغب الاصفهاني) •

فصل

٩٢٢٩ - ولوعاون الكلب كلب مجوسي أو مرتد أو كلب لم يسم عليه فإنه إذا اخذه الكلب لا يؤكل لأنه شاركه في الزكاة من لا تحل زكاته .

فصل

٨٢٣٠ - وكل ما اخذه الجارح والكلب من الصيد من فوزه فإنه يؤكل إذا اخذ واحداً بعد واحد وكذلك الرمية إذا أصابت عدة صيود فمثل ذلك .

فصل

عدول الكلب وتشاغله

٨٢٣١ - وإذا عدل الكلب عن الصيد يئنه أو يسره وتشاغله بغير طلب الصيد ومر على سمته^(١) ذلك ثم أصاب صيداً فآخذه وقتله لم يؤكل إلا أن يرسله دفعة أخرى أو يزجره فيزجر فيحل ، والريح إذا عدلت بالسهم عن سمته فهو كالكلب إذا عدل عن الصيد ، وكذلك إذا أصاب حائطاً أو شجرة فردته على الصيد فإنه لا يؤكل .

فصل

٨٢٣٢ - ولو حملت الريح السهم في ذهابه وطيرته في سمته فإن حكم الرمي باق ويؤكل ما أصاب ولا تعلم خلافاً في ذلك .

فصل

٨٢٣٣ - والرجلان إذا رميا صيداً فآصابه السهمان معا فمات فإنه لهما

(١) السميت حسن النحو في مذهب الدين والفعل سميت يسمنت سميتا وأنه لحسن السميت اي حسن القصد والمذهب في دينه ودنياه ، والسميت اتباع الحق والهدى وحسن الجوار وقلة الاذية والطريق والقصد .

ويؤكل ان كانا ممن يباح صيد كل واحد منهما على الأفراد لانه خرج
من فعلهما من حيز التوحش والصيد فينبغي ان يملك ذلك •

فصل

٨٢٣٤ - ولو اصابه سهم احدهما فرقده ثم اصابه سهم الآخر فقتله
فانه يؤكل في قول ابي حنيفة وابي يوسف والحسن بن زياد •
٨٢٣٥ - وقال زفر لا يؤكل لان السهم الثاني اصابه وهو غير صيد •
وهم يقولون لان السهم الثاني ارسل وهو صيد •

فصل

٨٢٣٦ - ولو وقع احد السهمين به قبل الآخر فهو للذي يسهمه اولاً •

فصل

٨٢٣٧ - ولو رمى احدهما فاصاب الصيد فاخرجه من حال الصيد ثم
رمى الآخر فاصابه ثم مات من الرميّتين جميعاً فهو للاول ولا يؤكل
ويضمن الرامي الثاني للاول نصف قيمته حياً ونصف قيمته لحماً ذكياً ،
لانه صار للاول الذي اتخته فهو كسائر املاكه فلم يكن للثاني ان يرميه
فيجب ان يضمن ارش الجراحة التي حصلت برميّه فيضمن ما اتلف من
ذلك وقد تلف بفعله وفعل الاول فيجب ان تضمن نصف قيمته حياً وبه
الجراحة الثانية والاولى •

فصل

٨٢٣٨ - وان مات من الاول اكل وضمن الرامي ارش الجراحة
حسب وبه الجراحة الاولى ، وان مات من الثانية لم يؤكل وضمن الثاني
قيّمته حياً وبه الجراحة الاولى ، لانه تلف بما ليس بذكاة فيضمن ما صار
من اتلافه (١) •

(١) في نسخة (ق) ما صادف اتلافه وفي نسخة المعهد ما صارب •

فصل

اليد الحكيمة

٨٢٣٩ - والصيد ملك لمن جرحه أو وقع في شبكه اذا لم يقدر على الذهاب منها لان الشبكة يده عليها ثابتة من طريق الحكم فيكون لصاحبها ، فان اخذه انسان من الشبكة وجب عليه ضمانه لصاحب الشبكة •

فصل

٨٢٤٠ - وقد تقدم بيان ما يحل ويحرم من الحيوان في الاطعمة •

فصل

٨٢٤١ - وقد روى عن النبي عليه السلام انه قال : (ما أئين من حيي فهو ميت) •
٨٢٤٢ - واتفق العلماء على انه لو قطع يد الشاة أو ألتها ان ذلك ميتة لا تؤكل •

فصل

٨٢٤٣ - والصيد اذا قطعه نصفين فانه يؤكل جميع النصفين وان قطع منه عضوا فانه يأكل الجميع الا العضو الذي قطع ، الا ان يكون معلقا بجلده •
٨٢٤٤ - وعن ابي يوسف انه قال اذا كان ما يلي الرأس أكثر اكل ما يلي الرأس وترك الآخر •
٨٢٤٥ - وقال الشافعي يؤكل الجميع •

فصل

صيد البحر

٨٢٤٦ - وصيد البحر كله مباح لسائر الناس ، ولا فرق بين الذمي والمرتد وسائر من قلنا لا يباح صيده وقد مضى ذلك كله •

فصل

صيد البر

٨٢٤٧ - وصيد البر ينقسم فيباح للحلال الا في الحرم وقد مضى ذلك ، ولا بد من فعل مجرح يقع في الصيد اذا كان برياً •

فصل

الصيد المتفلس

٨٢٤٨ - والصيد اذا انفلس من الصائد ونحق بالوحش لم يزَل ملك مالكه عنه عندنا • وقال مالك يزول الملك •

٨٢٤٩ - واتفق الجميع على ان عبده لو لحق بالدار لم يزَل الملك بالاباق ، وقالوا لو استقى قربة من دجلة ثم اهرقها ان ملكه يزول عن ذلك •

فصل

٨٢٥٠ - ومشاركة من لا يحل صيده لمن يحل يجعل الجميع محظورا ولا فرق بين ان يقع^(١) الفعل بالصائد أو بالآلة كالظفر والسن اذا لم ينزع وان كان منزوعا حل عندنا •

٨٢٥١ - وقال الشافعي تحل الزكاة به •

فصل

صيد المحرم في الحل

٨٢٥٢ - والمحرم اذا صاد صيدا في الحل فعليه قيمته عند ابي حنيفة وابي يوسف •

٨٢٥٣ - وقال محمد والشافعي يجب النذر من النعم ، وان قتل في

(١) في نسخة (ق) : يقطع •

الحرم فالقياس ان يلزمه جزايمان واحد لاجل الاحرام والآخر لاجل
الحرم •

٨٢٥٤ - وهو قول زفر والاستحسان ان عليه جزاء واحدا لان حرمة
الحرم لا تظهر في حق المحرم في الصيد •

فصل

٨٢٥٥ - ويضمن التحلل صيد الحرم •

فصل

٨٢٥٦ - ويضمن في الصيد المملوك الجزاء والقيمة عندنا ، وقال مالك
والمزني لا يضمن الجزاء اذا ضمن القيمة •

فصل

٨٢٥٧ - ويضمن ما ارسله المحرم من يده من الصيد لانه لم يزَلْ
ملكه عنه بالارسال ، وان ارسله مرسل من يديه فعليه الضمان عند ابي
خليفة •

٨٢٥٨ - وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي لا يضمن لانه فعل ما هو
واجب عليه •

فصل

موت الصائد وفي شبكه صيد

٨٢٥٩ - ومن مات وفي شبكه صيد قد وقع فيه أو ائخن صيدا بينهما
فهو له ولورثته من بعده ويورث ما ملكه من الصيد لانه مال له اخذه •

فصل

٨٢٦٠ - ويجوز ان يبيع ما ملكه من الصيد ، ولا خلاف في ذلك •

فصل

٨٢٦١ - والخلاف في الصيد كالخلاف في سائر الأملاك اما ان يكون في ايديهما أو في يد ثالث فان كان في ايديهما فهو لهما بالسوية وهو لمن اقام البيعة ، فان تساويا قسم كما يقسم بالدعوى وسنفرده بابا لمثل هذه الدعوى ان شاء الله • واذا قد تكلمنا في حكم الصيد وما يحل منه وما يحرم وجب ان نذكر الزكاة^(١) كيف هي •

(١) الزكاة والزكاة : الذبيح •

كتاب الذبائح والذكاة

٨٢٦٢ - وهذا باب الذبائح والذكاة المشروعة في الحيوان ان يكون في الحلق واللبة^(١) . ولا فرق بين اعلاه واسفله ووسطه لقوله عليه السلام : (الذكاة في الحلق واللبة) وهو عام .

فصل

٨٢٦٣ - واذا مات الحيوان بعدما قطع الاكثر من الحلقوم والودجين^(٢) والمرى يحل اكله ولا يحل اذا مات قبل ذلك وكان الكرخي يقول ان هذه المسئلة محمولة على ان المراد بقوله الاكثر يعني الاكثر من كل واحد منها فاما ان يقطع الثلث ولا يقطع واحدا فانه لا يجوز ، وظاهر ما في الكتب ان القطع اذا كان في ثلاث حل .

٨٢٦٤ - وقد روى عن ابي يوسف انه قال لا بد من قطع الحلقوم والمرى واحد الودجين لان الحيوان لا يبقى بعد قطع اكثر ذلك اكثر من بقاء المذبوح .

وقال ابو يوسف الحلقوم هو مجرى النفس والمرى^(٣) مجرى الطعام

(١) اللبة وسط الصدر والمنحر والجمع لبات ولباب عن ثعلب ، واللب كاللبة وهو موضع القلادة من الصدر من كل شيء والجمع الالباب (لسان العرب) .

(٢) الودج والوداج عرق في العنق وهما ودجان ، وفي المحكم الودجان عرقان متصلان من الرأس الى السّخر والجمع اوداج (لسان العرب) .
والسّخر : الرئة .

(٣) جاء في لسان العرب في مادة مرأ : المرى مجرى الطعام والشراب وهو رأس المعدة والكرش اللاصق بالحلقوم الذي يجري فيه الطعام والشراب ويدخل منه ، والجمع امرئة ومرؤ مهموزة بوزن فزع مثل سرير وسرر .

والودجان مجرى الدم واحدهما يعوم مقام الآخر ، وما سوى ذلك لا يقوم مقام صاحبه •

فصل

ذبح الشاة من قبل القفا

٨٢٦٥ - وان ذبح الشاة من قبل القفا فقطع الاكثر من هذه الاشياء قبل الموت حلت ، وهذا الفعل مكروه ، وكذلك ان ضرب الحيوان بالسيف ، فان أبان رأسه حل ، وكذلك اذا ذبح لغير القبلة فانه يكره لانه روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه كان اذا ذبح استقبل بوجهه القبلة ، وقال لفاطمة رضي الله عنها : قومي الى نسكك واستقبلي به القبلة واذبحي وقولي (ان صلاتي ونسكي ومحياي ومماتي لله رب العالمين) وقولي (بسم الله الرحمن الرحيم) وانما جاز مع المخالفة لانها عبادة لا تبطل بالكلام فصارت كالصوم •

فصل

الذبح والنحر

٨٢٦٦ - والسنة في الشاة والبقرة الذبح ، وفي الابل النحر^(١) فان ذبح الابل ونحر البقرة كره ذلك واجزاء في الاكل لان نحر البقرة اشق وذبحها اسهل • وقد روى عنه عليه السلام اذا ذبحتم فاحسنوا الذبحة^(٢) •

(١) النحر موضع القلادة من الصدر ، نحرته اصبت نحره ، ومنه نحر البعير (المفردات في غريب القرآن للراغب الاصفهاني) •

(٢) في بلوغ المرام (ص ٢٤٨ رقم ١١٥٦) عن شداد بن اوس (رض) قال : قال رسول الله (ص) ان الله كتب الاحسان على كل شيء ، فاذا قتلتم فاحسنوا القِتْلَةَ ، واذا ذبحتم فاحسنوا الذبحة ، وليُحْدِثْ احداكم شَفَرَتَهُ وليُرح ذبيحته ، رواه مسلم وفيه ايضا (ص ٢٤٨ رقم ١١٥٥) عن جابر ابن عبد الله (رض) قال : نهى رسول الله ان يُقتل شيء من الدواب صَبْرًا • رواه مسلم •

فصل

٨٢٦٧ - واذا ذبح عددا من الحيوان لم تجزه التسمية للاولى فيما
بعدها من الذبائح ، ويعتبر في كل حيوان التسمية عندنا وقد مضت المسئلة •

فصل

سمى وأطال الحديث

٨٢٦٨ - واذا سمي وأطال الحديث أو تشاغل عنها يحد السكين وغيره
لم يجزه لان ذلك شرع على الذبيحة ، وان ذلك اذا طال خرج الامر
عما قصد •

فصل

ما يجزي عن التسمية

٨٢٦٩ - وان قال مكان التسمية ، الحمد لله أو سبحان الله يريد
التسمية اجزاء ، كما يجوز في ابتداء الصلاة كل لفظ يقصد به التعظيم ،
وان اراد التحميد دون التسمية لم يجزه لان الذكر يختلف باختلاف
المقاصد فاذا قصد غير الذبيحة بقيت بغير ذكر فلا يجوز •

فصل

النخع

٨٢٧٠ - ويكره ان ينخع اي يبلغ بالسكين الى النخاع لان فيه زيادة
آلم وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عنه •
٨٢٧١ - فان فعل ذلك لم يحرم لانه قطع العروق التي شترط
قطعها •

فصل

٨٢٢٧ - ويكره ان يجرها الى مذبحها أو يحد الشفرة بعدما اضعفها ،
لانه تعذيب للحيوان •

فصل

اسم غير الله

٨٢٧٣ - ويكره ان يذكر مع اسم الله اسم غيره •
وقال الشافعي لا يكره ذكر النبي صلى الله عليه وسلم لقوله عليه
السلام ، ثلاثة مواضع لا اذكر فيها عند ابتداء الصلاة وعند الذبيحة وسقط
عني الثالث ، والذي روى انه ذكر اسم الله مع اسمه فيحتمل انه ذكره قبل
الذبح لا على وجه التسمية وعندنا يجوز قبل الذبح وبعده •

فصل

٨٢٧٤ - والمسلم والكتابي والنصبي الذي يعقل والنساء في الذبح
سواء ، واهل الذمة والحربي سواء في ذلك لانه فعل ما يجب في الزكاة •

فصل

٨٢٧٥ - واذا كان احد ابوي الصبي كتابياً والآخر مجوسياً أو وثناً
حلت ذبيحته •

٨٢٧٦ - وقال الشافعي لا تحل ، لانه على حكم الفطرة ولم يوجد
شرط المنع فيه •

فصل

ذبح الأخرس

٨٢٧٧ - وذبح الأخرس حلال ، لانه عاجز عن الذكر كالصلاة •

فصل

ما أدرك ذكاته

٨٢٧٨ - وما أدرك ذكاته من المتردية والنطيحة وما أكل السبع فانه يؤكل لقوله ، الا ما ذكيتم وذبح ذلك على اي وجه قدر عليه ، لان الذبح اذا وجد مع الحياة حل عند ابي حنيفة وابي يوسف •

٨٢٧٩ - وقد روى عن محمد انه قال ان كان قد بلغ بحيث لا يعيش اكثر من نصف النهار فانه لا يحل وان كان يبقى اكثر من ذلك حل •

فصل

النطيحة

٨٢٨٠ - والنطيحة هي التي تموت بالتناطح والموقوذة هي المضروبة بالصا حتى تموت وهكذا كانت الجاهلية تفعل ، وما ذبح على النصب فان المشركين كانوا ينصبون شيئاً من الحجر فيذبحون عليه لألهتهم^(١) •

فصل

المتردية

٨٢٨١ - والمتردية ما تردى من الجبل •

(١) في المفردات في غريب القرآن للراغب الاصفهاني ان النصب كذلك ، وانها ايضا كانت حجاره تعبد ، ونصب الشيء وضعه وضعا نائناً كنصب الرمح والبناء والحجر ، والنصيب الحجارة تنصب على الشيء وجمعه نصائب ونصب •• (كانوا الى نصب يوفضون) قال : (وما ذبح على النصب) وقديقال في جمعه انصاب •

فصل

الأزلام^(١)

٨٢٨٢ - والأزلام نوع من القمار ، ولما كان القمار محرما بالشرع
وجب ان نذكر هل هو في كل باب ثابت أو في شيء بعينه ؟ وهذا يقتضي
ان نذكر السبق والرمي •

(١) الزكّم • ج ازلام ، السهم لا ريش عليه • وكان العرب
يستقسمون بالأزلام في الجاهلية (المنجد) •

باب السبق والرمي

وهذا باب السبق والرمي

٨٢٨٣ - اعلم ان المسابقة بالخيل امر ورد الشرع بإباحته وفعله النبي صلى الله عليه وسلم .

٨٢٨٤ - وقد روى عن ابن عمر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم ضم الحيل^(١) فارسلها من الحفيا ، وما كان غير مضمر ارسله من ثنية الوداع الى مسجد بني زريق^(*) .

٨٢٨٥ - وروى انه عليه الصلاة والسلام اجرى المضمة من الخيل الى ثنية الوداع وأجرى ما لم يضم من ثنية الوداع الى مسجد بني زريق^(٢) .

فصل

السبق المباح

٨٢٨٦ - والسباق يكون بالخيل والابل .

(١) في كتاب المفردات في غريب القرآن للراغب الاصفهاني : الضامر من الفرس الخفيف اللحم من الاعمال لا من الهزال . قال (وعلى كل ضامر) يقال ضَمَرَ ضَمُورًا ، واضطمر فهو مضطمر ، وضمركه انا ، والمضمار الموضع الذي يضم فيه .

(*) عن ابن عمر (رض) قال : سباق النبي (ص) بالخيل التي قد ضُمَّرت من الحفيا وكان احدها ثنية الوداع ، وسابق بين الخيل التي لم تُضَمَّر من الثنية الى مسجد بني زريق . وكان ابن عمر فيمن سابق . متفق عليه ، وزاد البخاري : قال سفيان : من الحفيا الى ثنية الوداع خمسة اميال أو ستة ، ومن الثنية الى مسجد بني زريق ميل . (بلوغ المرام ، ص ٢٤٣ رقم ١١٢٩) ، وفي معجم ما استمعجم : الحفيا موضع قرب المدينة .

(٢) أصل السَّبَقِ التقدم في السير نحو (والسباقات سَبَقًا)

←

والرمي^(١) بالسهم لما روى ابو هريرة انه عليه السلام قال :
(لا سَبَقَ الا في خُفٍ أو حافرٍ أو نَصْلٍ ، أو حافرٍ)^(٢) .

٨٢٨٧ - وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : (من ادخل فرسا
بين فرسين وهو لا يأمن ان يَسْبِقَ فلا بأس به ، وان أَمِنَ فهو قمار)^(٣) .

٨٢٨٨ - فما روى عنه عليه السلام انه قال : « ان الملائكة لا تحضر
شيئاً من امركم هذا سوى رمى ورهان » يعنى رهان الخيل .

٨٢٨٩ - وقال ابن المسيب لا بأس بان يكون بين الرجلين محلل يغتم
ولا يغرم في السبق .

فصل

الجعل

٨٢٩٠ - واذا ارادا ان يسبقا بين فرسين أخرج احدهما جعلا معلوما
ولم يخرج الآخر شيئاً على انه ان كان صاحب الجعل هو المسبق فالجعل

والاستباق التسابق ، قال : (انا ذهبنا نستبق ، واستبقا الباب) ثم يتجوز
به في غيره من التقدم ، قال (ما سبقونا اليه ، سبقت من ربك) اي نفذت
وتقدمت ، ويستعار السبق لاجراذ الفضل والتبريز ، وعلى ذلك (والسابقون
السابقون) اي المتقدمون الى ثواب الله وجنته بالاعمال الصالحة . (الراغب
الاصفهانى . المفردات) .

(١) يقال رمى في الاعيان كالسهم والحجر نحو (وما رميت اذ
رميت ولكن الله رمى) ويقال في المقال كناية عن الشتم كالقذف ، نحو
(والذين يرمون ازواجهم ، يرمون المحصنات) .

(٢) بلوغ المرام (ص ٢٤٤ رقم ١١٣١ وراويه ابو هريرة) . رواه
احمد والثلاثة وصححه ابن حبان .

(٣) رواية ابى هريرة (رض) عن النبي (ص) ، رواه احمد وابو داود
واسناده ضعيف (بلوغ المرام ص ٢٤٤ و ١١٣٢) .

للسابق وان كان سابقاً لم يؤخذ النجمل منه فهذا هو الرهان المباح •

فصل

ما يعد من السبق قماراً

٨٢٩١ - وان اخرج كل واحد منها جملاً على انه من سبق أخذ جعل صاحبه فهذا هو القمار وهو حرام بالكتاب والسنة •

فصل

المحلل أيضاً

٨٢٩٢ - فان ارادا ان يفعلوا ذلك ويحل لهما فليدخلا بينهما آخر يكون بين فرسيهما ولا يخرج جملاً فيقولان له ، ان سبقتنا جميعاً فلك الجملان واينا سبقته فلك جملة واينا سبق صاحبه اخذ جملة فذلك حلال جائز وليس هذا الفعل بقمار لان القمار انما هو ان سبقتني فخذ جملي وان سبقتك فلي جملك ولا يكون على ذلك حالة ثالثة وفي المحلل حدث حالة ثالثة •

فصل

المسابقة على الأقدام

٨٢٩٣ - قال أبو حنيفة لا تجوز المسابقة على الأقدام •
٨٢٩٤ - وروى هشام بن عبدالله الرازي^(١) عن محمد انه جوز ذلك •

(١) هشام بن عبدالله الرازي تفقه على ابي يوسف ومحمد ، ومات محمد في منزله بالري ودفن في مقبرته ، وله النوادر وصلاه الاثر (الفوائد البهية ، ص ٢٢٣) •

فصل

الصراع

٨٢٩٥ - وقال اصحابنا لا يجوز الصراع •

٨٢٩٦ - وقال بعض اصحاب الشافعي يجوز لقوله عليه السلام :

لا سبق الا في خف أو حافر أو نصل •

فصل

السبق بين البغال والحمير

٨٢٩٧ - ولا يجوز السبق بين البغال ولا بين الحمير لانه لا يدرك

بها هارب ولا يظفر على طالب وليست مما يقاتل عليه •

فصل

اختلافهما في الحيلة

٨٢٩٨ - وادخل المحلل بين الفرسين دليل على اباحة الحيلة •

وقد اختلف ابو يوسف ومحمد في الحيلة في ابطال الشفعة والتوصل الى

اسقاط الزكاة والتحرز عن الربا فمنهم من اجاز ومنهم من كره •

٨٢٩٩ - وقد روى في حديث ثابت عن النبي صلى الله عليه وسلم انه

اتاه ساعيه بتمر خير يعني جنيباً^(١) من خير فقال : اكل تمر خير هكذا ؟

فقال لا ولكننا نبيع الصاعين من الجمع^(٢) بالصاع من هذا •

(١) جَنِيْبُ بَزَنَةِ عَظِيْمٍ ، وَهُوَ الطَّيْبُ وَقِيلَ الصُّلَيْبُ ، وَقِيلَ الَّذِي

اُخْرِجَ مِنْهُ حَشْفُهُ وَرَدِيَّةٌ ، وَقِيلَ هُوَ الَّذِي لَا يَخْتَلِطُ بِغَيْرِهِ (سَبِيلُ السَّلَامِ

٣/ ٣٨) •

(٢) هُوَ التَّمْرُ الرَّدِيءُ وَقَدْ فُسِّرَ الْجَمْعُ فِي رَوَايَةِ مُسْلِمٍ بِأَنَّهُ الْخُلْطُ

مِنَ التَّمْرِ ، وَمَعْنَاهُ مَجْمُوعٌ مِنْ أَنْوَاعٍ مُخْتَلِفَةٍ (سَبِيلُ السَّلَامِ ٣/ ٣٨) •

٨٣٠٠ - فقال عليه السلام بيعوا تمركم بثمان واشتروا به هدا ،
وكذلك الميزان^(١) فهذا احتج ابو يوسف واذا قد ذكرنا حكم هذه الاقوال
وماله مالك معين فبقى ذكر ما يجده الانسان مما اصله مباح ويكون عليه اثر
سبق اليد اليه كالباز الذي فيه جلجل والطير الذي فيه قلادة والذهب
والفضة المضروبة ، وهذا يقتضي ان نذكر ذلك •

(١) في سبل السلام (٣٨/٣) عن أبي سعيد وأبي هريرة رضي الله
عنهما ان رسول الله (ص) استعمل رجلا اسمه ستواد بن غزيرة بزنة
عطية ، وهو من الانصار على خيبر فجاء بتمر جنيب ، فقال رسول الله (ص)
"كل تمر خيبر هكذا ؟"

فقال : لا والله يا رسول الله ، انا لناخذ الصاع من هذا بالصاعين
والصاعين بالثلاثة •

فقال النبي (ص) : لا تفعل ، بع الجَمْع بالدراهم ثم ابتع بالدراهم
جنيبا ، وقال في الميزان مثل ذلك • متفق عليه • وكذلك في الميزان • • •
وقوله : وقال في الميزان مثل ذلك ، اي قال فيما كان يوزن اذا بيع بجنسه
مثل ما قال في المكبل انه لا يباع متفاضلا ، واذا اريد مثل ذلك بيع بالدراهم
وشرى ما يراد بها ، والاجماع قائم على ان لا فرق بين المكيل والموزون في
ذلك الحكم •

كتاب اللقطة

وهذا كتاب اللقطة (١)

٨٣٠١ - اعلم انه روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال في اللقطة
اعرف عفاصها ووكاءها وعرفها حولاً (٢) .

(١) في لسان العرب في مادة لقط : اللقط اخذ الشيء من الارض
لقطه يلقطه لقطا واللقطة : اخذه من الارض . قال الليث : واللقطة
بتسكين القاف اسم الشيء الذي تجده ملقى فتأخذه ، وكذلك المنبوذ من
الصبيان للقطعة . واما اللقطة بفتح القاف فهو الرجل اللقاط يتبع
اللقطات يلتقطها .

قال ابن بري : وهذا هو الصواب لأن الفعل للفعول كالضحكة
والفعل للفاعل كالضحكة .

قال الازهري : وكلام العرب الفصحاء غير ما قال الليث في اللقطة
واللقطة .

وروى أبو عبيد عن الاصمعي والاحمر قالا : هي اللقطة والقعة
والنثقة مثقلات كلها . قال : وهذا قول حذاق النحويين لم اسمع
للقطة لغير الليث . وهكذا رواه المحدثون عن ابي عبيد انه قال في حديث
النبي (ص) انه سئل عن اللقطة فقال : احفظ عفاصها ووكاءها .

واما الصبي المنبوذ يجده انسان فهو اللقيط عند العرب ، فليل
بمعنى مفعول ، والذي يأخذ الصبي أو الشيء الساقط يقال له الملقط .

(٢) في بلوغ المرام (ص ١٢٧ رقم ٨٩٨) عن زيد بن خالد الجهني
(رض) قال : جاء رجل الى النبي (ص) فسأله عن اللقطة فقال : « اعرف
عفاصها ووكاءها ثم عرفها سنة ، فان جاء صاحبها والا فشانك بها » .

قل : فضالة الغنم ؟

قال : هي لك او لأخيك أو للذئب .

قال : فضالة الابل ؟

←

٨٣٠٢ - واختلف في معرفة ما عرف كما ذكر ذلك فمن العلماء من قال يعرف ذلك حتى لا يختلط بماله ، ومنهم من قال حتى اذا وصف له وغلب على ظن المخبر جاز له الدفع ، ومنهم من قال حتى يجب عليه الدفع .

فصل

٨٣٠٣ - والكلام يقع في مواضع منها في جواز اخذها في الجملة ومنها كيفية الاخذ ومنها صفة الآخذ ومنها الموضع الذي تؤخذ فيه ، ومنها جواز التصرف فيها ونقلها الى غير موضعها ، ومنها قدر تعريفها من المدة ومنها جواز تملكها ، ومنها جواز دفعها الى من عرفها ، ومنها وجوب ضمانها ومنها معرفة قدرها ومنها جواز التصرف فيها ، ومنها قيام اليقينة وتشتمل هذه الجملة على فصول .

فصل

أخذ اللقطة

٨٣٠٤ - اختلف اصحابنا في جواز اخذها فمنهم من قال المستحب له ان لا يأخذها ، ومنهم من قال المستحب له اخذها لصاحبها .
٨٣٠٥ - وللشافعي قولان قاله المزني عنه لا احب له تركها ، وقال في

قال : مالك ولها ؟ معها سقاؤها وحذاؤها ترد الماء وتأكل الشجر حتى يلقاها ربها . متفق عليه . اهـ .

والعفاص هو الوعاء الذي تكون فيه النفقة ان كان من جلد أو خرقة أو غير ذلك وخص بعضهم به نفقة الراعي ، وهو من العفاص من الثني والعطف ، ولهذا سمي الجلد الذي تلبسه رأس القارورة العفاص لانه كالوعاء لها ، وكذلك غلافها ، وليس هذا بالصيتم الذي يدخل في قم القارورة لتكون سدادا لها .

اما الوكاء فهو كل سيّر أو خيط يشد به قم السيقاء أو الوعاء ، وقد اوكيته بالوكاء ايكاه اذا شدته . (لسان العرب) .

الأم لا يجوز له تركها لانها امانة كالوديعة ، ومن اصحابه من قال ان كانت في موضع لا يخاف عليها لامانة اهلها لم يجب الاخذ ، وان كانت في موضع يخاف قلة امانة اهله وجب الاخذ •

فصل

عدم وجوب الاخذ

٨٣٠٦ - واتفق الجميع على انه اذا لم يأخذها فهلكت انه لا ضمان عليه ، وهذا يدل على ان الاخذ لا يجب •

فصل

الإشهاد عند الاخذ

٨٣٠٧ - ويجب الاشهاد عند اخذها انه اخذها ليعرفها وليردها على صاحبها عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف لا يجب الاشهاد •

٨٣٠٨ - واذا ترك الاشهاد ضمن عند ابي حنيفة لان الظاهر انه أخذها لنفسه ، وبالشهادة يزيل الظاهر •

٨٣٠٩ - وقال ابو يوسف لا يضمن كالوديعة لان اخذها جائز ولم يتمد فيها ، ولاصحاب الشافعي في الشهادة ووجوب الضمان بتركه وجهان كالخلاف عندنا •

فصل

الإشهاد في اللقيط

٨٣١٠ - ومن اصحاب الشافعي من فرق بين اللقطة وبين اللقيط ، فقال في اللقيط يجب الاشهاد لانه يراد لحفظ النسب •

فصل

٨٣١١ - ولا يجب عليه التعريف عندنا •

٨٣١٢ - وقال الشافعي ان أراد التملك وجب التعريف وان كان لا يريد له لم يجب التعريف •

٨٣١٣ - ومنهم من قال ان كان لها قدر يجوز ان يرجع صاحبها يطلبها لزمه ان يعرفها •

٨٣١٤ - وهل يجوز ان يعرفها سنة متفرقة ؟

قالوا فيه وجهان احدهما لا يجوز ، ومتى قطع استأنف ، والثاني يجوز لان اسم السنة يقع عليها •

فصل

كيفية التعريف

٨٣١٥ - والتعريف يكون في الاسواق والجوامع وحيث يجتمع الناس لان المقصود بذلك يحصل ولا يحصل بالخلوة •

فصل

صيغة التعريف

٨٣١٦ - وهو بالخيار ان شاء قال : من ضاع منه شيء فليقم وان شاء قال : من ضاع منه شيء كذا وذكر الجنس •

فصل

ما يذكر في التعريف

٨٣١٧ - وان ذكر الجنس والصفة والقدر والوكاء والمفاص وهو الوعاء الذي تحفظ فيه (لم يضمن) ولاصحاب الشافعي وجهان احدهما يضمن لانه لا يؤمن ان يحفظ ذلك ويدفعه الى من يوجب الدفع عليه بالعلامة والثاني لا يضمن ، لانه لا يجب الدفع •

فصل

أجرة النداء

٨٣١٨ - وان لم يجد من يتطوع بالنداء فالأجرة على الملتقط عند اصحاب الشافعي ، وعندنا لا يجب عليه ذلك ، بل يعرف ذلك بنفسه بحسب الامكان .

فصل

لقطة الحرم وغيره

٨٣١٩ - وعندنا سائر البقاع والبلاد في ذلك سواء .
٨٣٢٠ - وقال الشافعي لقطة الحرم لا تؤخذ ويدعها مكانها ، ومن اصحابه من قال يجوز مثل قولنا .

فصل

تعريف اللقطة اليسيرة

٨٣٢١ - وان كانت اللقطة يسيرة عرفها اذا كانت عشرة دراهم ثلاثة ايام الى ما يراه من ذلك وان كانت اكثر من ذلك عرفها اكثر من ذلك وان كانت نصابا عرفها سنة .

٨٣٢٢ - وقال اصحاب الشافعي ان كانت لقمة أو تمر لم تعرف ، وان كانت مما يطلبه صاحبة ففيه اوجه ، منها انه يعرف القليل والكثير ، وهو ظاهر النص والثاني لا يعرف الا دينارا والثالث يعرف ما تقطع فيه يد السارق ولا يعرف ما دونه .

فصل

متى تدخل في ملك الملتقط؟

٨٣٢٣ - واذا لم يجد صاحبها بعد التعريف فانها لا تدخل في ملكه ،

وقال الشافعي تدخل في ملكه بالتعريف ، لانه ضال فلا يملكه
بالتعريف كسائر الاحوال .

فصل

٨٣٢٤ - ولا يملكها عندنا باختيار التملك .

٨٣٢٥ - وقال الشافعي يملك ، ومنهم من قال فيه وجهان آخران
احدهما انه يملك بمجرد النية والثاني يملك بالتصرف .

فصل

حضور صاحب اللقطة

٨٣٢٦ - واذا حضر صاحبها فله اخذها في جميع الاحوال ولا يملك
عليه بغير فعله ، وقال اصحاب الشافعي ان كانت العين باقية ولم يملكها
ولا نوى ملكها ردها بزيادتها المتصلة والمنفصلة ، وان كانت هالكة لم يلزم
الملتقط ضمانها .

فصل

٨٣٢٧ - وان حضر بعد ما ملكها فان كانت باقية وجب ردها ، وان
كانت تالفة وجب عليه بدلها وقال الكرايسي من اصحابنا لا يلزمه ردها
ولا ضمان بدلها ، وهذا (هو) الوجه كما ترى .

فصل

٨٣٢٨ - وقالوا لو كانت العين باقية فقال الملتقط انا اعطيتك البدل لم
يجبر المالك على قبوله لانه لا يمكنه الرجوع الى عين ماله .

٨٣٢٩ - قالوا وان حضر وقد باعها الملتقط وبينهما خيار ففيه وجهان
احدهما يفسخ البيع والثاني لا يفسخ .

فصل

حضور من يدعي اللقطة

٨٣٣٠ - وان حضر من يدعيها ووصفها وغلب على ظنه انه المالك جاز الدفع ولا يجب عليه . وقال مالك يجب الدفع ، وان دفع ثم حضر رجل واقام البينة انها له اخذها لانه احق من الوصف .

فصل

٨٣٣١ - وان كانت تالفة فله ان يضمن الملتقط لانه دفع مال الغير بغير حق .

فصل

٨٣٣٢ - واذا ضمن الملتقط فانه يرجع على من دفع العين اليه بما لزمه من الضمان ان كان لم يقر له بالعين ، وان كان قد اقر له بذلك لم يرجع عليه .

فصل

استواء الحيوان وغيره في جواز الالتقاط

٨٣٣٣ - والحيوان وغير الحيوان في جواز الالتقاط سواء .

٨٣٣٤ - وقال الشافعي ضاله الابل وما يجرى مجراها مما يحمي نفسه لا يجوز اخذه ، ومن اصحابه من فرق بين ما هو قريب من المصر وبين ما هو في المفازة ، وفرق بين الصغار والكبار .

٨٣٣٥ - ومنهم من فرق بين السلطان وغيره فاجاز للسلطان الالتقاط ولم يجز للعوام .

فصل

نفقة اللقطة

٨٣٣٦ - وما ينفقه الملتقط على اللقطة بغير فرض القاضي فهو مقطوع به ، وللحاكم ان يبيع ذلك ويحفظ ثمنه ، وله ان يؤجر الدابة والعبد وينفق عليه من اجرتهم ، وليس للملتقط ان يبيع العين عندنا ومن اصحاب الشافعي من قال له ذلك ، لانه لا ولاية له ولا اذن فلم يجز بيعه .

فصل

لقطة العبد الصغير

٨٣٣٧ - وقد قال الشافعي في لقطة العبد الصغير الذي لا يميز انه كالغنم يعرفه حولا ثم يملكه وان كانت جارية لا تميز فان كان لا يحل له وظؤها جاز للملتقط التملك ، وان كانت [تحل] لم يجز له ان يلتقطها للتمليك كما لا يجوز ان يعرفها .

فصل

لقطة الشواء والماء

٨٣٣٨ - وقالوا لو وجد شواء وماء لا يبقى فهو بالخيار بين ان يأكله ويغرم البدل وبين ان يبيعه ويحفظ ثمنه .
٨٣٣٩ - وقال المزني يلزمه البيع ولا يجوز له الأكل كما قالوا ، والاول اصح .

فصل

هل للعبد ومن اليه الالتقاط؟

٨٣٤٠ - والعبد والمكاتب والمدبر وام الولد والحر والبالغ والصغير الذي يعقل كلهم سواء في اللقطة عندنا .

رقم الايداع في المكتبة الوطنية ببغداد ١١١٨ لسنة ١٩٧٣

١٩٧٣/١٢/٣١/١٠٠٠/١٨

روضۃ القضاء وطريق النجاة

للعامة أبي القاسم علي بن محمد بن احمد الرضوي السمناني

المتوفى سنة ٤٩٩ هـ

حققها وقدم لها وترجم لمصنفها

الحكاي

الدكتور صلاح الدين الناهي

الاستاذ ورئيس قسم القانون الخاص
في كلية الحقوق بجامعة بغداد (سابقاً)
ورئيس جمعية القانون المقارن العراقية
ورئيس الجمعية العراقية لقوانين التأمين

الجزء الرابع

دار الفوقان
عمان

مؤسسة الرسالة
بيروت

جميع الحقوق محفوظة
ولا يحق لأي جهة أن تطبع أو تعطي حق الطبع لأحد
سواء كان مؤسسة رسمية أو أفراداً.
الطبعة الثانية
١٤٠٤م - ١٩٨٤م

عمان / الأردن / جبل الحسين شارع خالد بن الوليد
ص.ب. ٩٢١٥٣٦ - تليفون : ٩٦٠٩٣٧

للنشر والتوزيع



مؤسسة الرسالة بيروت - شارع سوريا - بناية صمدي ومالحة
هاتف : ٣١٩٠٣٩ - ٨١٥١١٢ - ٢٤١٦٩٢ - ٢٩٥٥٠١
ص.ب (٧٤٦٠) برقياً : بيوشران



٨٣٤١ - وللشافعي قولان احدهما له الالتقاط والثاني ليس له ذلك .

فصل

هل للذمي الالتقاط؟

٨٣٤٢ - والمسلم والذمي في ذلك سواء ، وقال اصحاب الشافعي في الذمي وجهان ، ولهم في تخريج المذهب على العبد والمكاتب والعق بعضه ووجوب الضمان ومملك المولى تفصيل تطول كتابته فلا معنى لذكره لانه ربما لم يوجد ، وانما ذكرنا الواقع من ذلك .

فصل

٨٣٣٤ - وان ردها الى الموقع الذي اخذها منه برىء من الضمان ، وقال الشافعي لا يبرأ ، وقد ذكرنا حكم المال ووجب ان نذكر حكم الانسان .

كتاب اللقيط

وهذا كتاب اللقيط^(١) .

٨٣٤٤ - قال اصحابنا : واذا وجد اللقيط في قرية ليس فيها مسلم فادعاه رجل انه ابنه فهو ابنه ، واختلفت الرواية في الكتب فقال في كتاب اللقيط ان العبرة بالمكان ، فان كان مكان اهل النمة فهو ذمي وان كان مكان الاسلام فهو مسلم ولا عبرة بواجده وفي رواية ابن سماعة يكون على دين الواجد .

٨٣٤٥ - وقال في كتاب الدعوى ايهما كان مسلما فهو مسلم لان الظاهر من موضع اهل النمة انه ذمي وان جاز ان يكون منهم مسلم ، كما ان من في دار الاسلام مسلم ومن في دار الحرب كافر .

فصل

حرية اللقيط

٨٣٤٦ - واللقيط حر في اي موضع وجد لان الأصل في الناس الحرية والرق طارىء على كل حر من الكفار .

فصل

ثياب اللقيط وحليه

٨٣٤٧ - وقال اصحابنا ان كان عليه ثياب أو حلى أو هو على فرس أو دابة أو فراش فهو له ، لان الظاهر ان من في يده شيء فهو له .

(١) اللقيط : الصبي المنبؤ يجده انسان ويقال له اللقطة ايضا ، كما قال الليث . واللقيط في قول عامة الفقهاء حر لا ولاء عليه لاحد ولا يرثه ملتقطه (لسان العرب) .

فصل

٨٣٤٨ - ولم يذكر اصحابنا اذا وجد في دار ليس فيها غيره ، وقال اصحاب الشافعي تكون الدار له لانه حر فكان ما في يديه له .

فصل

٨٣٤٩ - وان كان على بعد منه مال أو فرس مربوط لم يكن له ، لانه لا يد له عليه .

فصل

٨٣٥٠ - وان كان بالقرب منه وليس هناك غيره فلم اره لاصحابنا .
٨٣٥١ - وقال اصحاب الشافعي فيه وجهان احدهما ليس له لانه لا يد له والثاني انه له لان انسانا قد ترك ماله بقربه فاذا لم يكن هناك احد فالظاهر انه له .

فصل

٨٣٥٢ - واذا وجد في بلد من بلدان المسلمين فهو مسلم ، لانه اجتمع له حكم الدار وحكم الاسلام ، وان كان في بلد الكفار ولا مسلم فيه فهو كافر لان الظاهر انه ولد من كافرين ، وهذا على الرواية التي يعتبر (فيها) المكان خاصة وان كان في المكان مسلم فلاصحاب الشافعي وجهان احدهما انه مسلم تغليبا لحكم المسلمين ، والثاني انه كافر تغليبا لحكم الدار .

فصل

ذمي يدعى بنوة لقيط

٨٣٥٣ - وعندنا اذا التقطه ذمي وادعى انه ابنه وهو في دار الاسلام فهو ابنه استحسانا ، والقياس ان لا يكون ابنه ويكون مسلما عندنا في

الاستحسان والقياس جميعا ، لان الظاهر انه في الدار وانما قبلنا دعواه لان
في ذلك نفع للصبي وهو الحضانة والثقة عليه فقبل ذلك ولا يكون كافرا ،
لان في ذلك مضرة له •

فصل

نفقة اللقيط

٨٣٥٤ - ونفقة اللقيط في بيت المال ، لانه احد فقراء المسلمين •

فصل

٨٣٥٥ - وان كان معه مال كانت نفقته في ماله كالبالغ •

فصل

٨٣٥٦ - ولا يجوز للملتقط ان يتفق عليه من ماله بغير اذن الحاكم ،
فان اتفق عليه من ماله بغير اذنه ضمنه ، لانه لا ولاية له عليه •

فصل

إقراره في يد الملتقط

٨٣٥٧ - ويقر في يد الملتقط اذا كان امينا ، كذا فعل عمر بن الخطاب
رضي الله عنه (١) •

فصل

٨٣٥٨ - واذا فوض الى الملتقط ان ينفق عليه مما وجده معه فذلك
جائز عندنا ، وهو قول الشافعي في كتاب اللقيط •

٨٣٥٩ - وقال في كتاب اللقطة : اذا انفق الواجد على الضالة ليرجع
به لم يجز حتى يدفعها الى الحاكم ، ثم يدفع الحاكم اليه ما ينفق عليها ،
فمن اصحابه من جعل المسئلة على قولين وسوى المسألين ومنهم من حمل
كل مسألة على ظاهرها •

(١) يراجع باب القضاء في المنبوذ من الموطأ (ط : الشعب ص ٤٦٠)
ومنه ان عمر بن الخطاب أقر رجلا صالحا على أخذ منبوذ وقال له « اذهب
فهو حر ولك ولاؤه وعلينا نفقته » •

فصل

٨٣٦٠ - فان لم يكن حاكم فانفق من غير اَشهاد ضمن وان اشهد فلم
ار لاصحابنا هذا الفرع •

٨٣٦١ - وقال الشافعي فيه قولين احدهما يضمن لانه لا ولاية له كما
لو كان الحاكم موجودا ، وهذا يجب ان يكون قولنا ، والثاني لا يضمن
لانه موضع ضرورة •

فصل

٨٣٦٢ - وقال اصحاب الشافعي ان كان باذن السيد وهو من اهل
الالتقاط جاز ، وان كان بغير اذنه لم يقر في يده لانه لا يقدر على حضاته
مع خدمته السيد •

فصل

٨٣٦٣ - وان التقطه كافر نظرت فان كان الملتقط محكوما باسلامه لم
يقر في يده لان الكفالة ولاية وان كان محكوما بكفره اقر في يده لانه
على دينه •

فصل

الملتقط الفاسق

٨٣٦٤ - وان كان الملتقط فاسقا لم يقر في يده لانه لا يؤمن ان
يسترقه ، وعندنا يستظهر عليه •

٨٣٦٥ - وقد قال اصحاب الشافعي ان كان يريد السفر به من التقطه
فان اختبر امانته في الباطن والظاهر جاز ، وان لم يختبر لم يقر في يده
لانه لا يؤمن ان يسترقه اذا سافر به ، قالوا ولا ينقله الى البدو لانه ينقله
من الري الى العطش والى موضع الجفا ، وقد جاء في الاثر من بدا جفا •

فصل

الخروج باللقيط

٨٣٦٦ - وان اراد ان يخرج به الى بلد آخر وهو امين فممنهم من جوز ذلك وهو الظاهر من المذهب ، ومنهم من قال لا يجوز •

فصل

٨٣٦٧ - وقال اصحاب الشافعي ان كان الملتقط فقيرا ففيه وجهان :
احدهما يقر في يده والثاني ان لا يقر •

فصل

ادعاه غير الذي هو في يده

٨٣٦٨ - وان ادعاه رجل غير الذي هو في يده انه ابنه فهو ابنه استحسانا ولا يسلم اليه ، لان فيه منفعة له ويد الملتقط ليست بيد ثابتة عليه •

فصل

ادعاه رجلان

٨٣٦٩ - وان ادعاه رجلان كل واحد يقول انا التقطته ولا بينة لهما
اقر في ايديهما جميعا •

٨٣٧٠ - وقال الشافعي يقره السلطان في يد من يرى منهما •

فصل

٨٣٧١ - وان كان في يد احدهما فالقول قوله مع يمينه لان اليد تشهد له •

فصل

٨٣٧٢ - وقال الشافعي ان كان في يديهما تحالفا فان حلقا او نكلا

صارا كالمثقتين يقرع بينهما أو يقره الحاكم في يد احدهما •

فصل

ادعاه كافر

٨٣٧٣ - واذا ادعاه كافر فهو مسلم عندنا •

٨٣٧٤ - وقال الشافعي في كتاب الدعوى : اجعله مسلماً ومن اصحابه من قال ان اقام البينة حكم بكفره قولاً واحداً ، وان لم يقدّم بينة ففيه قولان احدهما بحكم بكفره لان بثبوت بيئته فقد ولد على فراشه والثاني مثل قولنا لانا حكمنا باسلامه بالدار •

فصل

٨٣٧٥ - وان ادعته امرأة لم تصدق على ذلك ، وان ادعته من زوج وصدقتها فهو ابنها ولاصحاب الشافعي ثلاثة اوجه في دعوى المرأة ، احدهما تقبل كما تقبل في الرجل والثاني لا تقبل مثل قولنا ، لانه يمكن اقامة البينة على الولاد والثالث ان كانت فراشا لرجل لم يقبل قولها ، وان كانت غير فراش لاحد قبل •

فصل

إذا ادعى اللقيط رجلان

٨٣٧٦ - وان ادعى اللقيط رجلان فهو ابنهما •

٨٣٧٧ - وقال الشافعي يمرض على القافة وهم بنو مدلج من كنانة^(١) ،

(١) في جامع السيرة (لابن حزم ص ١٠٣) ان النبي (ص) وادع بني مدلج في غزوة العشيرة ، وفي كتاب المحبر للسكري (ص ١١٠) انه (ص) وادع في غزوة ذات العشيرة بني مدلج وحلفاءهم من بني ضمرة وكتب لهم كتاباً ورجع لثمان بقين من جمادى الآخرة ولم يلق كيداً • وفي لسان العرب : المدلج القنفذ لانه يدلج ليلته جمعاء اي يسير ، ومدلج ابو بطن ومدلج بضم الميم قبيلة من كنانة ومنهم القافة •

وهل يكون القائف من غيرهم ؟ ففيه وجهان احدهما يكون والآخر لا يكون ؟

٨٣٧٨ - والقول بالقافة عندنا محرم ، ولا يجوز الرجوع اليه بحال ، ولا يجوز اقل من اثنين في احد الوجهين لهم ، وتفرعهم في القافة مضطرب ، ولا يستقيم على اصل ما روى في الباب ، لانه لا يجوز ان يكون عبدا عندهم ولا امرأة ، واذا لم يكن قافه أو اشكل عليهم اذا لحقوه بهما جميعا ترك حتى يكبر ويتنسب الى ايها شاء ، لانه تعذر العمل بقول القافه فرجعوا الى غير القافه •

فصل

إذا ادعى رق اللقيط

٨٣٧٩ - ومن ادعى رق اللقيط لم يقبل بغير بينة لان ظاهر الدار حرية اهلها •

فصل

حكم اللقيط في موته إلخ

٨٣٨٠ - وحكم اللقيط في موته والصلاة عليه ودفنه حكم سائر المسلمين •

فصل

٨٣٨١ - واذا بلغ وتزوج ثم اقر بالرق فانه يقبل ولا تفسخ عقوده ، وقال الشافعي تفسخ في احد قوله ، وفي الآخر لا تفسخ مثل قولنا •

فصل

دعوى الرقيق الحرية

- ٨٣٨٢ - واذا صدقه رجل بعد البلوغ وادعى انه عبده ، وقال اللقيط انا حر فقد قال بعض اصحابنا القول قول اللقيط .
- ٨٣٨٣ - وقال بعضهم لا يقام الحد حتى يقيم بينة بالحرية لان الظاهر يدفع دعوى الغير ولا يستحق به على الغير شيء .
- ٨٣٨٤ - وللشافعي في ذلك قولان ، مثل ذلك .

فصل

- ٨٣٨٥ - واذا ادعى رقبة رجل فانكر فالتقول قوله ولا يمين عليه ، ومن اصحاب الشافعي من قال يحلف بناء على جواز اقراره بالرق .

فصل

- ٨٣٨٦ - وان اقر لرجل فكذبه ثم اقر لآخر بعد ذلك فمنهم من قال لا يجوز ومنهم من قال يجوز كما لو اقر بمال لرجل ثم اقر به لآخر .

فصل

ادعاء رجلان فوصف أحدهما علامة ببدنه

- ٨٣٨٧ - واذا ادعاء رجلان فوصف احدهما علامة ببدنه فانه يكون احق به عندنا ، وقال الشافعي لا يرجع بذلك .

فصل

ادعاء حر وعبد

- ٨٣٨٨ - وان ادعاء حر وعبد فالحر اولى عندنا .

فصل

ادعاه أب وابن

- ٨٣٨٩ - وان ادعاه اب وابن فهو للاب ، وروى الطحاوي عن بكار بن قتيبة^(١) في مختصره انه يكون بينهما وهو قول زفر .
- واذا قد ذكرنا حكم اللقطة واللقيط وجب ان تذكر حكم العبد اذا وجده خارج المصر أو في المصر .

(١) هو بكار بن قتيبة بن اسد بن ابي بردعة الثقفي البكرائي القاضي البصري ، كان مولده بالبصرة سنة اثنتين وثمانين ومائة وتفقه على هلال الرأي من اصحاب ابي يوسف وزفر ، وروى عنه الطحاوي وبه انتفع وتخرج ، وكان افقه اهل زمانه في المنهب الحنفي .

صنف : ١ - كتاب الشروط ، ٢ - وكتاب المحاضر والسجلات ، ٣ - وكتاب الوثائق والعهود ، ٤ - وكتابا نقض فيه على الشافعي رده على ابي حنيفة . مات سنة تسعين ومائتين بمصر ، وقبره مشهور بالقرافة يزار ويتبرك به (الفوائد البهية ، ص ٥٥) .

باب الآبق (١)

٨٣٨٠ - قال اصحابنا : ومن وجد آبقا خارج المصر على مسيرة ثلاثة ايام فردده على مولاه استحق عليه جعله اربعين درهما ، وان كان لا يساويها فان للذي جاء به قيمته الا درهما في قول ابي حنيفة وابي يوسف في قوله الاول ثم رجع وقال له اربعون درهما وان كانت قيمته درهما واحدا استحسانا والقياس ان لا يستحق عليه شيئا الا بشرطه •

٨٣٩١ - وقد روى اصحابنا عن عمرو بن دينار عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال في الآبق اربعون درهما ، وكذا روى عن ابن مسعود انه قال جعل الآبق اربعون درهما •

٨٣٩٢ - وعن عمر وعلي رضي الله عنهما انهما اوجبا في ذلك جعلاهما فاحدهما قال دينار أو اثني عشر درهما ، والآخر قال دينار أو عشرة دراهم فحمل اصحابنا اختلافهم في القدر على قرب المسافة وبعدها وجعلوا الاربعين للمسافة البعيدة وما دون ذلك للقريبة •

٨٣٩٣ - وجعل ابو حنيفة له القيمة الا درهما حتى لا يضر بالمولى ، وابو يوسف قال هذا ثبت بالشرع •

فصل

٨٣٩٤ - وحكى عن اصحابنا انهم قالوا : ان رده بامر له لم يستحق وان كان بغير امره استحق ، وقال الشافعي : الجعل يتوقف على الشرط كالأجارة •

(١) الآبق : هو العبد الهارب من سيده ، وفي لسان العرب الآبق هرب العبيد وذهابهم من غير خوف ولا كد عمل ، قال : وهذا الحكم فيه ان يرد ، فاذا كان من كد عمل أو خوف لم يرد •

فصل

٨٣٩٥ - وان جاء به وارث المولى فلم يسلمه حتى مات المولى فان
ابا يوسف قال لا جعل له ، وقال محمد له الجمل ، وهو قول ابي حنيفة ،
وفي الآبق مسائل كثيرة .

واذا قد ذكرنا حكم العقود والاموال والمناكحات واللقطة وسائر
ما قدمنا وجب ان نذكر ما يورث من ذلك وما لا يورث ونبين من يرث
ومن لا يرث لتكون قد وفينا بشرط هذا الكتاب على ما قدمناه .

كتاب المواريث (الفرائض)

وهذا كتاب المواريث^(١) .

٨٣٩٦ - اعلم ان هذا كتاب كبير وحججه عظيم وفروعه مشتبهة واصوله مختلفة وقسمته صعبة وهو نصف العلم ، وهو الذي تولاه الله بنفسه ولم يكله الى من ارسله ، وهو الذي فصل وسوى ومنع واعطى وقدم وأخر ، وقد صنف في ذلك الكتب الكبار والشروح الطوال وفرع فيه ما لا يوجد ولا يُجد قط وراض العلما في الخواطر والاذهان وعموا فيه مسائل في الاستخراج وفيه كل عجب من الفروع وكل طريق بين من الطرق ، وذكر ما ذكر فيه لا يمكن لانه ربما كان ذلك اذا استوفى اكثر من هذا الكتاب الذي الفناه غير اني اودعه ما يقرب فهمه على العالم والمتعلم واودعه اصولا يبنى عليها فروعه واذكر ما فيه من خلاف واقع ارجو من الله تعالى النفع في الدارين ولمن صنف ذلك باسمه اذ كانت نعمه عندي كثيرة واياديه جسيمة ، وهو مولانا الصاحب الاجل نظام الملك قوام الدين ابو علي الحسن بن علي بن اسحق رضي امير المؤمنين احسن الله جزاءه عن الدين والعلماء والصالحين وانا ان شاء الله ابوبه ابوابا تراها في كل فن باوجز لفظ واقرب مأخذ ان شاء الله .

(١) الميراث : ما يؤول الى اقرباء الميت بعد موته من امواله ، وفي لسان العرب ورثه ماله ومعهده وورثه عنه ورثا ورثة ووراثه وارثه ، ابو زيد ورث فلان اباه يرثه وراثه وميراثا ، واورث الرجل ولده مالا .

وقد جرت عادة بعض الفقهاء باطلاق مصطلح الفرائض احيانا على موضوع المواريث ، وقد جاء في الاقناع (٩٩/٢) ان الفرائض جمع فريضة بمعنى مفروضة اي مقدرة لما فيها من السهام المقدرة فغلبت على غيرها ، والفرض لغة التقدير ، وشرعا نصيب مقدر للوارث .

باب من يرث ومن لا يرث

وهذا باب من يرث ومن لا يرث •

٨٣٩٧ - ونحن آخذون من عقد هذا الكتاب على نمط يخالف ترتيب من تقدم من العلماء في ذلك ، ونذكر قسمه تدخل في كل قسم اهل موارثه ، وذلك يتقسم الى اقسام ، فمن الناس من يرث ويورث منه الميت لو كان هو الحي •

ومنهم من لا يرث ولا يورث •

ومنهم من يرث ولا يورث •

ومنهم من يورث ولا يرث •

فصل

٨٣٩٨ - وهم يترتبون في الميراث •

فمنهم من يرث في كل حال •

ومنهم من لا يرث في حال دون حال •

ومنهم من يرث اذا كان معه غيره ولا يرث اذا انفرد •

ومنهم من يرث بفرض •

٨٣٩٩ - ومنهم من يرث بتحصيص •

ومنهم من يجتمع له الصفتان الفرض والتحصيص •

ومنهم من يحجب ولا يرث •

ومنهم من يرث ولا يحجب •

ومنهم من يستوى الرجال والنساء في ميراثه •

- ومنهم من يتفاضلون في ميراثه •
- ومنهم من يرث مع الواحد من الورثة ولا يرث مع الجماعة •
- ومنهم من ينقص من سهمه ولا يزداد عليه •
- ومنهم من ينقص تارة ويزاد في أخرى •
- ومنهم من يرث ويأخذ سهمًا وإذا ساواه مثله قسم ذلك القدر بينهم بالسوية •

- ومنهم من يعال له الفريضة •
- ومنهم من لا يعال له فريضة •
- وهذه الجملة عقد جميع الفرائض ، ونحن آخذون في تفصيل ذلك وبيانه ان شاء الله تعالى •

فصل

الآباء والبنون والبنات

- ٨٤٥٠ - فالآباء والبنون والبنات يتوارثون في كل حال ، ولا يحجب أحدهم عن الميراث ، وكل واحد يرث الآخر •

فصل

الأجانب

- ٨٤٠١ - والأجانب لا يرثون ولا يورث منهم عندنا •
- ٨٤٠٢ - وقال الشافعي يتوارثون بالاسلام من لا وارث له معين •

فصل

الزوجان الرقيقان ومختلفا الدين

- ٨٤٠٣ - ومن ذلك الزوجان الرقيقان لا يتوارثان •

٨٤٠٤ - والزوجان اذا كان احدهما على دين والآخر على خلافه
كالمسلم والذمية فانهما لا يتوارثان .

فصل

من يرث ولا يرثه الميت

٨٤٠٥ - واما من يرث ولا يرثه الميت فهو مولى النعمة يرث
معتقه والمعتق لا يرث المولى والمجروح اذا مات الجراح ورثه ولو مات
المجروح لم يرثه القاتل .

٨٤٠٦ - ومن طلق زوجته في مرضه فانها ترثه ولو ماتت امرأة
المريض وقد آبانها لم يرثها .

٨٤٠٧ - وقال الشافعي في احد اقواله الرجل والمرأة سواء
لا يتوارثان .

٨٤٠٨ - والعاقل يرث الباغي بلا خلاف ، والباغي لا يرث العاقل
اذا قال قتلته وانا ظالم ويرث ان قال قتلته وانا على حق عند ابى حنيفة
ومحمد ، وقال ابو يوسف لا يرثه بخال .

فصل

القاتل المتعمد

٨٤٠٩ - القاتل المتعمد لا يرث بالاجماع ويرثه المقتول ، والمخطئ
كالعاقل عندنا وعند الشافعي .

٨٤١٠ - وقال مالك لا يرث من الدية ، وعندنا ان كل من وجبت
الكفارة عليه بالقتل فانه يحرم الميراث ، فعلى هذا الصبي والمجنون لا يحرم
الميراث .

٨٤١١ - وقال الشافعي يحرم الميراث (١) •

٨٤١٢ - وحافر البئر والمقتص لا يحرمان وعند بعض اصحابه يحرم •

فصل

ما يتركه المرتد

٨٤١٣ - ومن ارتد عن الاسلام فلحق بالدار أو قتل فماله لورثته المسلمين ، ولا فرق بين ما اكتسبه بعد الردة أو قبل ذلك عند ابي يوسف ومحمد •

٨٤١٤ - وقال ابو حنيفة ما اكتسبه بعد الردة فيء لا يرثه الورثة •

٨٤١٥ - وقال الشافعي لا يورث بحال ، وقد مضت المسئلة واتفق الجميع على ان المرتد لا يرث احدا من ورثته ، فهذا من يورث ولا يرث •

فصل

الذين يرثون في حال دون حال

٨٤١٦ - والذين يرثون في حال دون حال فهم بنو البنين وان سفلوا والاخوة والاخوات والاعمام لا يرث احد من هؤلاء مع البنين ، ويرث بنو البنين مع الاب والام والابوان معهم ذوو فرض •

فصل

٨٤١٧ - ولا يرث الاخوة والاخوات مع الابوين •

(١) في الاقناع (١٠٢/٢) لا يرث القاتل من مقتوله مطلقاً لخبر الترمذي وغيره ليس للقاتل شيء اي من الميراث ، ولأنه لو ورث لم يؤمن ان يستعجل الارث بالقتل فاقتضت المصلحة حرمانه ولأن القتل قطع الموالة وهي سبب الارث وسواء كان القتل عمداً ام غيره مضمونا ام لا بمباشرة ام لا ، قصد مصلحته كضرب الاب والزوج أو المعلم ام لا ، مكرها ام لا •

فصل

٨٤١٨ - ولا يرث الاعمام مع الاخوة للاب والام أو للاب ، ويرثون مع الاخوة من الام .

فصل

من يرث مع الغير ولا يرث إذا انفرد

٨٤١٩ - ومن يرث مع الغير ولا يرث إذا انفرد فهن بنات ابن الابن لا يرثن مع البنات الا ان يكون معهن ابن ابن ، وكذلك الاخوات للاب لا يرثن مع الاخوات للاب والام الا ان يكون معهن اخ لهن فيصبن ، ومتى لم يكن مع بنات الابن أو بنات ابنه وان سفلوا اخ لهن أو في درجتهم من الميت لم يرثن مع البنات الا ان تكون بنت الصلب واحدة فيرث معها بنات الابن السدس تكملة الثلثين .

فصل

٨٤٢٠ - وليس حكم بنات الاخوة حكم بنات البنين بنات الاخوة لا يرثن مع اصحاب الفروض ولا مع العصبات ، وكذلك العمات لا يرثن مع الاعمام .

فصل

أصحاب الفروض

٨٤٢١ - واصحاب الفروض (١) .

١ - الزوج ($\frac{1}{2}$ ، $\frac{1}{4}$) .

(١) الفروض : جمع فرض بمعنى نصيب مقدر لا يزداد عليه ولا ينقص عنه الا لعارض كعول فينقص أو رد فيزداد (الاقناع ١٠٤/٢) ، والفروض لا تعدو الربع والثلث وضعف كل ونصفه (ايضا ١٠٥) .

- ٢ - والزوجات ($\frac{1}{8}$ ، $\frac{1}{4}$) •
- ٣ - والبنت ($\frac{1}{4}$) والبتان والبنات ($\frac{2}{3}$) •
- ٤ - والاخت من الاب والام ($\frac{1}{4}$) والاختان والاختوات ($\frac{2}{3}$) •
- ٥ - والاخت للأب ($\frac{1}{4}$) والاختان والاختوات ($\frac{2}{3}$) •
- ٧ - والام مع الاب والولد ($\frac{1}{4}$ المال عند عدم الولد والاختوة $\frac{1}{4}$ الباقي اذا كان معها أب وأحد الزوجين ، $\frac{1}{4}$ مع الولد أو الاختوة) •
- ٨ - والاب والاجداد مع الولد ($\frac{1}{4}$) •
- ٩ - والجدة من قبل الاب ومن قبل الام ($\frac{1}{4}$) •

فصل

فرض الزوج

٨٤٢٢ - وفرض الزوج النصف اذا لم يكن (للزوجة) ولد ولا ولد ولد من ولد الصلب (سواء كان الولد من ذلك الزوج أو من غيره) دون ولد البنات وله الربع مع الولد أو ولد الولد^(١) •

فصل

فرض الزوجات

٨٤٢٣ - والربع للزوجات وهو للواحدة اذا انفردت اذا لم يكن للزوج ولد منهن أو من غيرهن أو ولد ولد لصلبه دون اولاد البنات ، ولهن الثمن مع الولد وولد الابن وان سفلوا •

(١) ما بين قوسين من المحلى لابن حزم (مسألة ١٧١٦) •

فصل

فرض البنت

٨٤٢٤ - والنصف للبنت اذا انفردت ، وهو لبنت الابن اذا انفردت
ولبنت الابن اذا لم يكن للميت ولد ، ولبنت ابن ابن الابن اذا لم يكن
فوقها بنت •

فصل

فرض الأخت للاب والام

٨٤٢٥ - وهو للاخت للاب والام اذا انفردت وللأخت للاب اذا لم
يكن اخت لاب وام ولا يرث النصف سوى من ذكر •

فصل

فرض البنت

٨٤٢٦ - واما فرض البنات اذا زدن على الواحدة فهو الثلثان ، وما زاد
على ذلك سواء في الثلثين ، وهذا قول عامة الصحابة والفقهاء رضى الله عنهم ،
وهو فرض لابنتي الاب وما زاد اذا لم يكن للميت بنات صلب ، وهو للاختين
من الاب والام وما زاد واذا لم يكن اخوات لاب وام فهو لـاخوات للاب •

فصل

فرض ولد الأم

٨٤٢٧ - وفرض ولد الام للواحد السدس ذكرا كان أو أنثى ، واذا
كانوا اكثر من ولد لهم الثلث ، ويقسم بينهم بالسوية الذكور والاناث في
ذلك سواء عند عامة الصحابة والفقهاء ، وحكى عن ابن عباس انهم يتفاضلون
في القسمة كالولاد الاب والام •

فصل

فرض الأم

٨٤٢٨ - وللام الثلث اذا لم يكن للبيت ولد ولا ولد ابن وان سفل
ولا اثنان من الاخوة والاخوات عند عامة الصحابة والفقهاء ، وعن ابن عباس
انها لا تحجب الا بثلاثة فما زاد •

فصل

الأخوة مع الأبوين

٨٤٢٩ - ولا تترك الاخوة مع الابوين ما حجبا الام عنه •
وقال ابن عباس يرثون جميعا ما حجبا •
٨٤٣٠ - لانهم لا يرثون مع الاب وحده ، وسهم الام كالمستحق
على الاب •

فصل

ميراث الأم

٨٤٣١ - وقال عامة العلماء للأم مع الزوج أو الزوجة والاب ثلث^(١)
الفاضل عن فرض الزوجين •
٨٤٣٢ - وقال ابن عباس لها ثلث جميع المال •
٨٤٣٣ - وقال ابن سيرين لها مع الزوج ثلث الفاضل ولها مع الزوجة
ثلث المال •

فصل

الجد مكان الأب

٨٤٣٤ - ولو كان مكان الاب جد فلها ثلث جميع المال في قول الجميع
لانها اقرب منه درجة •

(١) في نسخة تونس : ثلثا •

فصل

فرض الأم مع الولد

٨٤٣٥ - فرض الأم مع الولد السدس ، ولا فرق بين الذكر والانثى من الاولاد .

فصل

٨٤٣٦ - وهو فرض الاب مع الولد ، ولا يزيد على الأم الا ان يكون بنت واحدة أو بنت ابن فيكون ما فضل عن فرض الأم وفرضها فرض يأخذه بالتصيب والاب (والجدة)^(١) في هذا سواء في قول الجميع .

(١) في الموطأ عن ابن شهاب عن عثمان ابن ابي اسحق بن حمرشة عن قبيصة بن ذؤيب انه قال :

جاءت الجدة الى أبي بكر الصديق تسأله ميراثها ، فقال ابو بكر :

- ما لك في كتاب الله من شيء ، وما علمت لك في سنة رسول الله (ص) شيئاً فارجمي حتى اسأل الناس . فسأل الناس ، فقال المغيرة بن شعبه : حضرت رسول الله (ص) اعطاها السدس ، فقال ابو بكر :

هل معك غيرك ؟

فقام محمد بن مسلمة الأنصاري ، فقال مثل ما قال المغيرة ، فانفذ لها ابو بكر الصديق .

ثم جاءت الجدة الاخرى الى عمر بن الخطاب تسأله ميراثها فقال لها :

ما لك في كتاب الله شيء ؟ وما كان القضاء الذي قضيت به الا لغيرك ، وما انا بزائد في الفرائض شيئاً ، ولكنه ذلك السدس ، فان اجتمعتم في فهو بينكما ، وايكما خلت به فهو لها .

وفي مصنف عبد الرزاق عن منصور عن ابراهيم قال : حدثت ان رسول الله (ص) اطعم ثلاث جدات السدس .

قلت لابراهيم :

- وما هن ؟

- قال :



فصل فرض الجدات

٨٤٣٧ - وفرض الجدات وان كثرن السدس يشتركن فيه ، ولا فرق بين ام الام وام الاب عند العامة من العلماء ، وحكى عن ابن عباس انه لا شيء لها وجعلها كاب الام .
وقد ورث ابو بكر رضى الله عنه جدة من جهة الام لما شهد المغيرة وعبدالرحمن^(١) ان النبي صلى الله عليه وسلم اعطاها السدس .

فصل

٨٤٣٨ - وهو للجدّة ام اب الام عند اصحابنا وهو قول الشافعي .
وقال مالك لا شيء لها لانها لو ماتت ورثها ابنها ، واذا ورث منها ورثت كالام .

فصل

أم أم الأب

٨٤٣٩ - وترث ام ام الاب ، وقال بعضهم لا ترث ، والجميع على ما قلناه .

فصل

السدس للقريبة من الجدات

٨٤٤٠ - والسدس للقريبة من الجدات ايها كانت عند اصحابنا .
وقال الشافعي : ان كانت القريبة من قبل الام فالسدس لها وان كانت من قبل الاب شاركها البعده من قبل الام .

→

جدتا ابيه ام امه وام ابيه وجدته ام امه (اقضيه رسول الله
للقرطبي ص ١٠٩ - ١١٠) .
(١) ما بين قوسين من نسخة تونس .

فهؤلاء اصحاب الفروض (وانصبتهم) هي :

النصف والربع والثلث والثلثان والثلث والسادس ، وهي التي فرضت في نص التنزيل^(١) .

فصل

الميراث بالتعصب

٨٤٤١ - فاما من يرث بالتعصب فهو الابن وبنوه وان سفلوا ثم الاب واباؤه وان علو والاجداد وهم العصبة عند ابي حنيفة .

(١) فالفروض لا تعدو الربع والثلث وضعف كل ونصفه . ففرض النصف يكون :

١ - للبنت اذا انفردت عن جنس البنوة والاخوة (وان كانت واحدة فلها النصف) .

٢ - بنت الابن وان سفلت اذا انفردت عن تعصيب وتنقيص ، فان كان معها أخ في درجتها فانه يعصبها ويكون لها معه نصف ما حصل له ، واذا كان معها بنت صلب فان لها معها السادس تكملة الثلثين .

٣ - الاخت من الاب والام (الشقيقة) اذا انفردت عن جنس البنوة والاخوة (ولها اخت فلها نصف ما ترك) .

٤ - الاخت من الاب اذا انفردت عن جنس البنوة او الاخوة (ولها اخت فلها نصف ما ترك) .

٥ - الزوج اذا لم يكن لزوجته المتوفاة ولد منه او من غيره ولا ولد ابن وان سفل منه او من غيره (ولكم نصف ما ترك ازواجكم ان لم يكن لهن ولد) .

وفرض الربع يكون :

١ - للزوج مع الولد لزوجته منه او من غيره (فسان كان لهن ولد فلکم الربع) أو ولد الابن لها وان سفل منه او من غيره اما ولد البنت فلا يحجب .



فصل

- ٨٤٤٢ - وهو قول ابي بكر وابن عباس وعائشة وابي بن كعب وابي هريرة وابي الدرداء وهو قول شريح وأهل الظاهر ، ولا يشاركه الاخوة كما لا يشركون اولاد البنين .
- ٨٤٤٣ - وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي ومالك يشارك الجد الاخوة من الاب والام والاخوة من الاب .
- ٨٤٤٤ - واتفق الجميع على ان ابن الاخ لا يشارك الجد ولا بني بني الاخوة وان سفلوا عند الجميع .

→

- ٢ - للزوجة ولكل الزوجات بالسوية مع عدم الولد للزوج (ولهن الربع مما تركتم ان لم يكن لهن ولد) أو عدم ولد الابن وان سفل .
- وفرض الثمن يكون : للزوجة الواحدة وكل الزوجات بالسوية مع الولد للزوج منها أو من غيرها (فان كان له ولد فلها الثمن) أو مع ولد الابن وان سفل .
- وفرض الثلثين يكون :
- ١ - للبنتين فاكتر .
- ٢ - لبنات الابن وان سفل (بنتا الابن فاكتر) .
- ٣ - للاختين فاكتر من الاب والام .
- ٤ - للاختين فاكتر من الأب عند فقد الشقيقة .
- ياخذ الثلثين من الاناث عند التعدد من فرضه النصف عند الانفراد عن يعصب أو يحجب .
- وفرض الثلث يكون :

- ١ - للام اذا لم تحجب حجب نقصان فان لم يكن لميتها ولد ولا ولد ابن وارث ولا اثنان من الاخوة والاخوات للميت ، سواء كانوا اشقاء ام لا ذكورا ام لا ، محجوبين بغيرها كاخوين لام مع جد ام لا (فان لم يكن

←

فصل

ترتيب العصبية

٨٤٤٥ - ثم الاخوة هم العصبية ثم بنوهم ثم الاعمام ثم بنوهم ثم اعمام
الاعمام ثم بنوهم كذلك ابدا .

-
- له ولد وورثه ابواه فلامه الثلث ، فان كان له اخوة فلامه السدس) .
 - ٢ - للابنتين فصاعدا من الاخوة والاخوات من ولد الام يستوى فيه الذكر وغيره (وان كان رجل يورث كلاله أو امرأة وله اخ أو اخت) .
 - ٣ - للجد مع الاخوة اذا نقص عنه بالمقاسمة كما لو كان معه ثلاثة اخوة فأكثر .
 - وفرض السدس يكون :
 - ١ - للام مع الولد (ولابويه لكل واحد منهما السدس مما ترك ان كان له ولد) .
 - ٢ - للام مع ولد الابن وان سفل .
 - ٣ - للام مع اثنتين فصاعدا من الاخوة والاخوات .
 - ٤ - للام السدس عند موت امرأة عن زوج وابوين (عند بعضهم) .
 - ٥ - للجددة الوارثة لاب أو ام .
 - ٦ - لبنت الابن فأكثر مع بنت الصلب أو مع بنت ابن أقرب منها تكمله للثلثين .
 - ٧ - للاخت فأكثر من الاب مع الاخت الواحدة من الاب والام . تكمله للثلثين .
 - ٨ - فرض الاب مع الولد أو مع ولد الابن وان سفل .
 - ٩ - للجد للاب عند عدم الاب .
 - ١٠ - للسواحد من ولد الام ذكرا كان او انثى (وله اخ أو اخت) .
- ١٠٥/٢ - ١٠٧) .

فصل

٨٤٤٦ - لا يرث ولد اب مع ولد اب وام ، ويقدم ولد الاب والام على ولد الاب ابدا •

فصل

مولى النعمة

٨٤٤٧ - ومولى النعمة هو العصبه ثم عصبته ثم مواليه على ترتيب العصبات •

فصل

اجتماع الفرض والتعصيب

٨٤٤٨ - ولا يجتمع الفرض والتعصيب الا للاب وآبائه خاصة دون سائر العصبات اذا ورث مع ولد البنت ، وقد مضت المسئلة •

فصل

الحجب

٨٤٤٩ - والكافر والعبد لا يحجب عن الميراث وانما يحجب من يرثه^(١) ، وهذا قول عامة الصحابة والفقهاء وعن ابن مسعود انه يحجب كالكافر^(٢) والعبد •

فصل

الاب

٨٤٥٠ - ويحجب الاب سائر آبائه واولادهم من الذكور والاناث

(١) في نسخة تونس : من يرث •

(٢) كذا وسياق العبارة يقتضي ان يكون : الكافر والعبد •

وامهاته ولا يرث معه اخ ولا اخت عند العامة ، وعليه العمل^(١) .

فصل

٨٤٥١ - والام تحجب سائر امهاتها وجداتها .

فصل

٨٤٥٢ - ويحجب ولد الام الذكر والانثى الولد وولد الابن والاب والجد .

فصل

٨٤٥٣ - ويحجب البنات بنات الابن اذا استكملن الثلثين الا ان يكون معهن اخ لهن أو اسفل منهن ابن فيعصبهن .

فصل

٨٤٥٤ - ويحجب الاخوات للاب والام الاخوات للاب اذا اكمل الثلثان الا ان يكون معهن اخ لهن فيعصبهن .

فصل

٨٤٥٥ - ولا يعصبهن ابن الاخ بل يكون المال له خاصة بخلاف ابن ابن الابن مع عاتيه .

فصل

٨٤٥٦ - ويحجب الام من الثلث الى السدس الاثنان فما زاد من الاخوة ، ولا يرثون وقد مضت .

(١) في الأقناع (١٠٧/٢) يسقط [اي يحجب حجب حرمان] ولد الاب والام اي الأخ الشقيق مع ثلاثة اي بواحد منها : الابن وابن الابن وان سفل ، والاب بالاجماع في الثلاثة ، ويسقط ولد الاب اي الاخ لاب فقط مع اربعة بهؤلاء وبالاخ من الاب والام لقوته بزيادة القرب .

فصل

٨٤٥٧ - ولا يحجب احد بالزوج والزوجة والاعمام وموالي النعمة
لا يحجبون أحدا في الميراث ، وولد الابن والبنت يحجب الزوج من النصف
الى الربع ويحجب الواحدة والاربع من الزوجات من الربع الى الثمن •

فصل

٨٤٥٨ - ولا يستوى الرجال والنساء في الميراث الا اولاد الام وقد
مضت •

فصل

التفاضل في الميراث

٨٤٥٩ - والتفاضل في الميراث يقع بين الابوين فيكون للأم الثلث
وللاب الثلثان من ولدهما وكذلك البنون والبنت يتفاضلون في الميراث
فيكون للذكر مثل حظ الانثيين •

فصل

٨٤٦٠ - وكذلك أولاد البنين وان سفلوا يتفاضلون في الميراث •

فصل

٨٤٦١ - والاخوة والاخوات للاب أو للاب والام يتفاضلون في
الميراث فيكون للذكر ضعف ما للانثى •

فصل

٨٤٦٢ - ومن عدا من ذكرناه فالسال للرجال خاصة كالاعمام
واخواتهم وبني الاخوة واخواتهم لا يرثون مع اخوتهم في قول جميع العلماء •

فصل

٨٤٦٣ - ومن يرث مع الواحد ولا يرث مع الجماعة فهي بنت الابن
ترث السدس مع العمة لها ولا ترث مع العمات والاخت للاب ترث السدس
مع الاخت للاب والام ولا ترث مع الاخوات .

فصل

٨٤٦٤ - واما من ينقص سهمه ولا يزداد عليه فهو الزوج والزوجة
والزوجات وذوو الفروض^(١) اذا اجتمعوا ينقص بعضهم لبعض اذا عالت
المسائل ولا يزداد اذا فصلت السهام .

فصل

من ينقص تارة ويزاد في أخرى

٨٤٦٥ - ومن ينقص تارة ويزاد في أخرى فهن البنات والاخوات
وولد الام فان الواحد اذا انفرد تأخذ البنت النصف فاذا صار معها اخرى
أخذت الثلث ، وولد الام الواحد يأخذ السدس فاذا زادوا على اثنين ينقص
من السدس فعند المساواة له ينقص وعند الانفراد يزداد ولا يشارك ولد
الاب والام ولد الام بحال كزوج وام واخوين لام واخ لاب عندنا ،
وقال الشافعي يشاركه .

فصل

من يعال له

٨٤٦٦ - فاما من يعال له فهم ذوو الفروض .
اعلم ان جميع سهام الفرائض تؤخذ من سبعة اصول منها ثلاثة تعول
واربعة لا تعول فاذا كانت المسئلة نصفاً وما بقى فهي غير عائلة وان كانت
ثلثاً وما بقى فهي غير عائلة واذا ربعا وما بقى فهي غير عائلة والثلثين وما بقى
لا يعول .

(١) في نسخة تونس : ذوو الحظوظ .

وإذا كان مع النصف ثلث أو سدس فهي من ستة وقد تعول الى سبعة
وثمانية وتسعة وعشرة وهي أكثر فريضة تعالى وهي ثلثا الفريضة •

فصل

٨٤٦٧ - ومتى كان مع الربع ثلث أو سدس فإنها من اثني عشر ،
وقد تعول الى ثلاثة عشر وخمسة عشر وسبعة عشر ، ولا تعال مع الربع
والسدس الى اكثر من ذلك •

فصل

٨٤٦٨ - وإذا كان مع الثمن سدس فهي من اربعة وعشرين وتعول
الى سبعة وعشرين •

فصل

مسائل النصف وما بقي

٨٤٦٩ - اما مسائل النصف وما بقي فهي : الزوج والاب والاخ والمم
ومن سوى الابن من العصبات والبنت والاخت والاخوات أو الاخوة
والاخوات من قبل الاب أو الاب والأم ، فاما زاد على ميراث البنت تأخذه
الاخت الواحدة أو الاخوات بالسوية •

فصل

٨٤٧٠ - ومن ذلك الاخت للاب والام تأخذ النصف والباقي للاخ
للأب واخواته •

فصل

مسائل الثلث وما بقي

٨٤٧١ - واما مسائل الثلث وما بقي فهي الام والاب أو الام والجدة
فللام الثلث وما بقي للاب أو للجدة •

فصل

ولد الأم

٨٤٧٢ - ومن ذلك ولد الأم إذا كانوا جماعة فلهم الثلث والباقي للاخوة من قبل (الأب و)^(١) الأم أو من قبل الأب فانهم يأخذون ما زاد على الثلث إن كان واحدا فله ما بقي وإن كانوا جماعة اشتركوا ويقدم ولد الأب والأم على ولد الأب •

فصل

مسائل الربع

٨٤٧٣ - ومن مسائل الربع الزوج والبنت والنسبة فللزوجة الربع وللبنت النصف والباقي للنسبة إيا كان أو جدا أو إختا أو إختا •

فصل

مسائل الثمن

٨٤٧٤ - ومن مسائل الثمن الزوجة وبنت وعصبة وكل النسب في ذلك سواء إلا الابن خاصة فهذه الأصول التي لا تعال في الفرائض والمسائل فيها قد تختلف •

فصل

مسائل العول

٨٤٧٥ - فاما ما يوجد من ستة وتعول عليها الى عشرة مسائل منها :
زوج وام واخت لام فهذه من ستة ولا تعول •
وان كان مع الزوج اخت لام واخت لاب وام عالت المسئلة الى سبعة
وان كان مع الزوج اخت لاب وام أو لاب واخوات لام عالت الى ثمانية وان كان معه في المسألة بحالها اخت لاب والاولى اخت لاب وام عالت الى تسعة •

(١) ما بين قوسين من نسخة تونس •

- وان كان في المسألة جدة وام عالت الى عشرة •
- فاعرف ذلك •
- واذن لا يزيد العول في الستة الى اكثر من هذا •

فصل

مسائل الإثني عشر

٨٤٧٦ - واما التي هي من اثني عشر فمثل زوجة واخوين لام وعصبة فهذه من اثني عشر ، وان كانت المسألة بحالها وبدل العصبة اخت لاب وام أو لاب عالت الى ثلاثة عشر سهما ، وان كان بدل الاخت اختان عالت الى خمسة عشر وان كان في المسألة ام وجدة^(١) فهي من اثني عشر وتعمل الى سبعة عشر ، وهو أكثر ما يعال اليه الربع •

فصل

الثلث مع السدس

٨٤٧٧ - والثلث مع السدس فهو الزوجة والزوجات مع البنت أو البنات وعصبة فتكون من اربعة وعشرين ثلاثة للزوجة وللبنات ستة عشر وخمسة للعصبة ، فان كان مع العصبة ام والعصبة اب عالت الى سبعة وعشرين وهي اكثر ذلك •

فصل

العصبات

٨٤٧٨ - ومن لا يعال لهم أصحاب الفرائض فهم العصبات اذا اجتمعوا فانه يقسم المال بينهم بالسوية ان زادوا على الواحد ، وان كان معهم من يشاركهم من النساء فاضلوا^(٢) ، فهذه الجماعة قد دخل فيها جميع ما قدمناه .

(١) في نسخة تونس : أو جدة •

(٢) في نسخة تونس : تفاضلوا •

فصل

٨٤٧٩ - ومسائل الفرائض اذا لم تكن عائلة فاقسم واستثن عن الضرب .

فصل

الرد على الورثة

٨٤٨٠ - وكل رجل ورت من الورثة فهو يأخذ جميع المال اذا انفرد الا الزوج والاخ من الام وكل من يرث من النساء اذا انفردت لم ترث الجميع الا المتقة لبعدها ، وهذا قول من لا يرد على ذوي الارحام ، وهم مالك والشافعي وزيد بن ثابت من الصحابة .

فصل

٨٤٨١ - واما اهل العراق فيردون على جميع اهل السهام ويعطون كل ذي فرض بقدر فرضه الا الزوجين .

وهو قول عمر وعلي وابن مسعود وابي عبيدة بن الجراح ومعاذ بن جبل وابي الدرداء [من الصحابة] وهو قول عطاء وشريح ومسروق وعلقمة وطاووس وعمر ابن عبدالعزيز وهم من التابعين وهو قول ابي حنيفة وابي يوسف ومحمد بن الحسن وزفر وسائر أصحابنا .

فصل

ذوو الارحام^(١)

٨٤٨٢ - واذا لم يكن احد من العصبات ولا ذوي الفروض فالمال

(١) الرّحم رحم الانثى وهي مؤنثة ، ابن سيده : الرّحم والرحم بيت منبت الولد ، ووعاء في البطن . والجمع ارحام لا يكسر على غير ذلك .
والرّحم اسباب القرابة واصلها الرّحم التي هي منبت الولد .

لذوي الارحام عندنا ، وهو قول عامة الصحابة والعلماء .

وقال مالك^(١) والشافعي يكون لبيت المال^(٢) .

٨٤٨٣ - والقربة اقرب الى الميت من جماعة المسلمين وقد قال الله

تعالى واولو الارحام بعضهم اولى ببعض في كتاب الله من المؤمنين والمهاجرين^(٣)

→

وذوو الرحم هم الاقارب ، ويقع على كل من يجمع بينك وبينه نسب ، ويطلق في الفرائض على الاقارب من جهة النساء ، يقال ذو رَحِمٍ مَحْرَمٌ وَمَحْرَمٌ وهو من لا يحل نكاحه كالام والبنات والاخت والعمة والخالة .

الازهري : الرَّحِمُ القربة تجمع بني أب ، وبينهما رَحِمٌ اي قرابة

قريبة (لسان العرب) .

وذوو الارحام كل قريب ليس بنفي فرض ولا عصبية (الاقناع ١٠١/٢) .
وقد عرف ابن رشد في بداية المجتهد ذوي الارحام بأنهم من لا فرض لهم في كتاب الله ولا هم عصبية (٢٨١/٢ منه) ثم حصرهم بقوله : وهم بالجملة :

- ١ - بنو البنات ، ٢ - بنات الاخوة ، ٣ - بنو الاخوات ، ٤ - بنات الاعمام ، ٥ - والعم اخو الاب للام فقط ، ٦ - بنو الاخوة للام ، ٧ - والعمات ٨ - والخالات ، وقد اضاف السمناني الى هؤلاء ما يتوالد منهم وابا الام ، ٩ - والاخوال .

(١) وازن بهذه العبارة قول ابن رشد في بداية المجتهد ان توريث ذوي الارحام ذهب اليه « سائر الصحابة [اي عدا زيد بن ثابت] وفقهاء العراق والكوفة والبصرة وجماعة من العلماء من سائر الآفاق ! مع قوله ان عدم توريثهم ذهب اليه مالك والشافعي واكثر فقهاء الامصار وزيد بن ثابت من الصحابة !

ومهما يكن فالظاهر ان القول بعدم توريث ذوي الارحام هو المناسب للعمل به تشريعاً في عصرنا الحاضر ، فقد ضاق نطاق العائلة واصبح عبء الضمان الاجتماعي على الدولة وتقلصت وظيفة الميراث الاجتماعية .

(٢) في الاقناع ان مذهب الشافعية عدم توريث ذوي الارحام ، ولكنهم قيدوا ذلك مؤخراً باستقامة بيت المال ، فقد جاء فيه « ومحل هذا اذا استقام بيت امر المال فاذا لم يستقم أمر بيت المال ولم يكن عصبية ولا ذر فرض مستغرق ورث ذوو الارحام كما صححه في الزوائد » . وفي هذا نظر الى وظيفة الميراث الاجتماعية الاقتصادية .

وكيف يكون المؤمنون اولى منهم وقد تساوا في الاسلام وفضلوا بالقرابة^(١) .

فصل

٨٤٨٤ - ولا يرث ذوو الارحام مع العصبات ولا مع ذوي الفروض
الا الزوجين خاصة ويقدمون على مولى الموالاة عند اصحابنا ومن ورثهم .
وقال الشافعي مولى الموالاة لا يرث بحال وادعى نسخ الآية وهي قوله :
(والذين عاهدت ايمانكم) الآية .

فصل

أصناف ذوي الأرحام

٨٤٨٥ - وذوو الارحام عشرة اصناف :

- ١ - أولاد البنات .
- ٢ - وبنات الاخوة .
- ٣ - وأولاد الاخوات .

(١) كان هذا الحجاج صحيحا في مجتمع تؤدي فيه القرابة خدمات
بالغة للفرد في مضمار النفقة ، وتعقل عن الجاني ، وينصر بعضها بعضا .
اما في عصرنا هذا ففي معظم الاقطار الاسلامية لم يعد للقرابة كل هذه الوظائف
في البيئات الحضرية ، وانتقل الى الدولة - ممثلة للجماعة - كثير من وظائف
القرابة في حماية الفرد ونصرته . والتأمين عليه من العوائل والأخذ بأسباب
الضمان الاجتماعي ، وانتقل الحق في العقاب من المجنى عليه وعاقبته الى
الدولة فلم يعد للعائلة محل ، وقل شأن القربان نظراً لصغر حجم
العوائل في المدن . وبذا يمكن القول ان بيت المال ينبغي ان يكون هو
الوارث عند عدم العصبات وذوي الفروض ، اخذاً بقول مالك والشافعي
خاصة ، وان مالكا يمثل ما جرى عليه العمل في المدينة منذ الهجرة النبوية
الى عصره ، اما اهل العراق فهم ادنى الى تمثيل التحولات التي طرأت على
ما جرى عليه العمل في المدينة والى الرأي والقياس .

- ٤ - واولاد الأخ من الام •
 - ٥ - واولاد الاعمام من البنات •
 - ٦ - والعمات •
 - ٧ - والاخوال •
 - ٨ - والخالات واولاد الاخوال والخالات •
 - ٩ - وابو الام •
 - ١٠ - وما يتوالد هؤلاء •
- فكل هؤلاء ليس لهم فرض في الكتاب ولا في السنة •

فصل

الاختلاف في توريث ذوي الأرحام؟

- ٨٤٨٦ - وقد اختلف الناس في ميراث هؤلاء فمنهم من قال يكون لبيت المال وهو مالك والشافعي واتباعهما •
- ومنهم من قال يرثون ، وهم أهل العراق [ابو حنيفة] ومن ذكرناه من أصحابه رضى الله عنهم •

الاختلاف في كيفية توريثهم

- ٨٤٨٦ مكرر - والمختلف المورثون لهم في كيفية الفهم •
- فمنهم من سوى بين جميع ذوي الارحام البعيد والقريب في الميراث ولم يفضل ذكرا على اثنى وهو قول نعيم بن حماد^(١) ومن تبعه •

(١) جاء في ميزان الاعتدال (٢٦٧/٤) « نعيم بن حماد الخزاعي ، أحد الاعلام على لين في حديثه ، كنيته أبو عبدالله الفرضي الاعور الحافظ ، سكن مصر ، وحدث في مصنفاته عن ابراهيم بن طهمان وابي حمزة السكري .

ومنهم المنزلون الذين يعطون كل فريق سهم من يدلى به ، ثم يقسمون
بعد ذلك ما اصاب كل وارث على من يدلون به .

واصحاحنا اعتبروا في ذلك الاقرب فالاقرب ثم اختلفوا في كيفية
ما يزنون بعد ذلك وقسمة ذلك بينهم على خلاف نذكره .

فقالوا : لا يرث احد من ذوي الارحام مع أولاد البنات .

كما لا يرث احد مع اولاد البنين .

وكيف يقسم المال بينهم ؟

فقالوا الذكر والاتى في ذلك يتفاضلون ، فيكون للذكر مثل حظ
الانثيين يعتبر ابدانهم فحسب .

وعيسى بن عبيد الكندي وابن المبارك وهشيم والداروردي وخلق ، ورأي
الحسين بن واقد .

ويقال انه اقام بمصر نحو من أربعين سنة .
خرج له البخاري مقرونا بغيره .

وروى عنه يحيى بن معين والذاهلي والدارمي وابو زرعة وخلق آخرهم
حمزة بن محمد الكاتب .

وكان شديداً على الجهمية ، اخذ ذلك عن نوح الجامع وكان كاتبه .

قال صالح بن مسمار : سمعت نعيماً يقول : انا كنت جهمياً ، فلذلك
عرفت كلامهم ، فلما طلبت الحديث عرفت ان أمرهم يرجع الى التعطيل .
ووضع كتباً في الرد على الجهمية . وكان من اعلم الناس بالفرائض .

حمل الى العراق من مصر في امتحان القرآن مع البويطي مقيدتين فمات
نعيم بن حماد بسر من رأى .

ونعمى على [نعيم] احاديث ليس لها أصل منها حديثه تقتزق أمته على بضع
وسبعين فرقة ، اعظمها فتنة على أمته قوم يقيسون الامور برأيهم فيحطلون
الحرام ويحرمون الحلال . (ميزان الاعتدال ٤ / ٢٦٨) .

٨٤٨٧ - وقد روى الطحاوي في المختصر فقال : ان ترك ابن ابنته وابنة ابنة له اخرى فان ابا يوسف قال المال بينهما للذكر مثل حظ الانثيين^(١) .

٨٤٨٨ - وقال محمد بن الحسن المال بينهما بالسوية لأن ارحامهما متساوية ، وانكر اصحابنا هذه الرواية وقالوا انه غلط فيها عن محمد ، والصحيح انه يعتبر ابدانهم والخلاف الذي حكاه بينهما انما هو في أولاد^(٢) بنات الاخوة وبنى الاخوات ، فابو يوسف يفصل الذكر على الانثى عبرة بالبدن .

٨٤٨٩ - ومحمد يسوي اذا تساوا فيمن يدلون به ، فكان محمد يجعل ولد الاخوات كالاخوات وولد الاخوة كالاخوة ويقسم المال بينهم بحسب ذلك .

فصل

٨٤٩٠ - واذا خلف الميت ابن [أخت] وبنت أخت وابنتي اخ فانه يجعل لولد الأخت سهمان كأنهما أختان ولولد الاخ من الاب والام أربعة أسهم كأنهما اخوان ثم يقسم سهام ولد الأخت عليهما للذكر مثل حظ الانثيين فتصبح المسئلة من ثمانية عشر ، لولد الأخت ستة اسهم (و) للابن اربعة (اسهم) وللبنت سهمان (و) لولد الاخ اثنا عشرة .
وقال ابو يوسف المال بينهم على رؤوسهم للذكر مثل حظ الانثيين فتصبح المسئلة من خمسة اسهم .

فصل

٨٤٩١ - وان خلف ولد ولد اخوات فان محمدا يعتبر أقربهم الى الميت فيجعل ولد ولده بمنزلته فاذا خلف ابنا وبنت بنت اخ وابنة ابن أخت فانه

(١) مختصر الطحاوي ، ص ١٥١ .

(٢) كلمة « أولاد » لم ترد في نسخة تونس .

يجعل المسئلة من ثلاثة اسهم لولد ولد الاخ سهمان ولولد ولد الاخت سهم
ثم يقسم السهمين للذكر مثل حظ الانثيين فتصبح المسئلة من تسعة •
وقال ابو يوسف المسئلة تصبح من خمسة اسهم لكل ذكر سهمان
وللاثني سهم •

فصل

٨٤٩٢ - وان اتفقوا في الجدة واختلفوا في الآباء فان محمدا يعتبر
بآبائهم ويجعلهم بمنزلة الآباء ثم يقسم عليهم ما يصيبهم للذكر مثل حظ
الانثيين •
وابو يوسف يجعلهم بمنزلة الاخوة والاخوات فيقسم بينهم للذكر مثل
حظ الانثيين •

فصل

٨٤٩٣ - ولا يرث احد برحم معهم (كذا) من ليس يرجع الى المتوفي
بولادة ، وهذا قول اصحابنا جميعا •

فصل

٨٤٩٤ - وان ترك اولاد اخت لاب وام واولاد اخت لاب وولد اخت
لام فلولد الاخت للاب والام النصف ولولد الاخت للاب السدس تكملة
الثلثين ولولد الاخت للأم السدس والباقي يرد عليهم •
وهذا قول ابي حنيفة ومحمد واحد الروايتين عن ابي يوسف •
وقد روى عن ابي يوسف ان الكل يكون لولد الاخت للاب والام •

فصل

٨٤٩٥ - ولو كانوا بنات اخوة متفرقين فالمال بين بنت الاخ للاب والام
وبين بنت الاخ من الام وسقطت بنت الاخ للاب لان اباه لا يرث مع
اخوته •

وعلى قول ابي يوسف الآخر يكون المال كله لولد الاخ^(١) للاب والام •

فصل

٨٤٩٦ - واتفق الجميع على انه لو ترك ثلاثة اعمام متفرقين أو عمات متفرقات أو أخوالا متفرقين أو خالات فإلما للذي من قبل الاب والام •

فصل

٨٤٩٧ - واولاد العمات يرثون وبنات الخالات •

فصل

٨٤٩٨ - واذا ترك عمة وخالة فان القياس عندهم ان المال كله للعمة لانها تدلى بالاب ، وهو يرث جميع المال ، والخالة تدلى بالام ، وهي لا ترث جميع المال ، واستحسنوا ان يكون المال بينهما اثلاثا للعمة الثلثان وللخالة الثلث لان العمة تدلى بالاب والخالة تدلى بالام ولو اجتمع الاب والام كان المال بينهما على ثلاثة فكذلك من يدلى بهما •

فصل

ترك خالا وخالة

٨٤٩٩ - وان ترك خالا وخالة فالمال بينهما للذكر مثل حظ الانثيين •

فصل

ترك خاله وابن عمه

٨٥٠٠ - وان ترك خالة وابن عمه فالمال للخالة •

(١) في نسخة (ق) للولد ولد ، وكذا في نسخة المعهد والسياق يقتضى ما ائبتناه •

فصل

٨٥٠١ - وان ترك عمه وابن خالة أو خال فالمال للعمه عندنا •

فصل

أولاد الأخوة من الأم

٨٥٠٢ - وأولاد الأخوة من الأم يقتصمون المال بالسوية كما يقتصم الآباء ولا يفضل ذكر على أنثى •

فصل

ترك أباً أمه وابن أخيه لأمه

٨٥٠٣ - وان ترك أباً أمه وابن أخيه لأمه فأبو حنيفة يقول المال لاب الأم ولا شيء لولد الأخ بناء على أصله ان الأخ لا يرث مع الجد •

فصل

٨٥٠٤ - وقال ابو يوسف ومحمد يكون المال لولد الأخ للأم لانه يدل بالأم وهو ولدها ولا يرث ابوها مع ابيه •

٨٥٠٥ - ومسائل ذوي الارحام كثيرة وفروعها لا تحصى كثرة ، وفي الذي ذكرت اصول ما يحتاج اليه في العمل •

فصل

لا توارث بنكاح فاسد

٨٥٠٦ - ولا توارث بنكاح فاسد لا يقر عليه في الاسلام ، وهذا الاصل جاز بين سائر الناس أهل الملة وسائر الكفار في ذلك سواء^(١) •

(١) هذه الاشارة من مسائل الخلاف العالي •

فصل

ميراث المجوس

٨٥٠٧ - وإذا مات مجوسي وترك زوجة هي امه واخته لايه كان ابوه تزوج بنته فاولدها هذه فانها ترث الثلث لكونها امه والنصف لكونها اخته ولا ترث بالزوجية .
وقال الشافعي ترث لكونها اما لا اختاً .

٨٥٠٨ - لانه اجتمع سبيان لو تفرعا في شخصين لم يججب احدهما الآخر فينبغي ان ترث بهما جميعا كابني عم احدهما اخ لام .

فصل

توارث الكفار

٨٥٠٩ - ويرث الكفار بعضهم من بعض اختلفت مللهم او اتفقت عندنا لان الكفر ملّة واحدة . وقال الشافعي الكفر ملل ولا يرث اليهودي من النصراني ولا المجوسي ولا الوثني ولا المشرك وعندنا يرث بعضهم بعضا لقوله عليه السلام : الناس حيز ونحن حيز .

فصل

٨٥١٠ - ولا يرث المعتق بمضه ، وقد روى عن علي رضي الله عنه يرث بقدر ما فيه من الحرية وهو احد اقوال الشافعي ، لانه يحد حد المملوك كالمتكاتب .

فصل

ميراث الجد مع الأخوة

٨٥١١ - اتفق المورثون له ولهم على توريثهم في الجملة^(١) واختلفوا

(١) قوله هذا يفيد ان في توريث الاخوة مع الجد خلافا ، وقد ذهب

في كيفية القسمة فقال ابو يوسف ومحمد والشافعي يقاسم الاخوة والاخوات ما لم تنقصه المقاسمة من الثلث ، فان نقصته من الثلث فرض له الثلث .

٨٥١٢ - وهو (قول) زيد بن ثابت (١) .

٨٥١٣ - وقال علي بن ابي طالب يقاسم الاخوة والاخوات ما لم تنقصه المقاسمة من السدس فان نقصته من السدس فرض له السدس وجعل الباقي للاخوة والاخوات من جهة الاب والام أو من جهة الاب للذكر مثل



اهل الظاهر الى القول بعدم توريث الاخوة الذكور ولا الاناث اشقاء كانوا أو لاب أو لام مع الجد وحجتهم في ذلك أن ان الجد اب اذا لم يكن اب (المحلى ٦/مسألة ١٧٣٠ ص ٢٨٢) .

وفي بداية المجتهد (٢/٢٨٧ - ٢٨٨) ان الفقهاء اختلفوا هل « يقوم (الجد) مقام الاب في حجب الاخوة الشقائق او حجب الاخوة للاب ؟ فذهب ابن عباس وابو بكر (رض) وجماعة الى انه يحجبهم . وبه قال ابو حنيفة وابو ثور والمزني وابن شريح من اصحاب الشافعي ، وداود وجماعة .

واتفق علي بن ابي طالب (رض) وزيد بن ثابت وابن مسعود على توريث الاخوة مع الجد ، الا انهم اختلفوا في كيفية ذلك ، اهـ .

وفيها أيضا ان عمدة من ورث الأخ مع الجد ان الأخ أقرب الى الميت .

(١) ما ذكره السمناني وردّه الى قول زيد بن ثابت يصدق حين لا يكون مع الجد سوى الاخوة اذ يعطى الجد الافضل من اثنين اما ثلث المال واما ان يكون كواحد من الاخوة الذكور ، فان كان معهم ذو فرض مسمى فانه يبدأ بأهل الفروض ، فما بقي اعطى للجد الافضل من ثلاث :

اما ثلث ما بقي بعد حظوظ ذوي الفرائض .

واما ان يكون بمنزلة ذكر من الاخوة .

واما ان يعطى السدس من رأس المال لا ينقص منه ، ثم ما بقي يكون للاخوة للذكر مثل حظ الانثيين الا في الاكدرية (بداية المجتهد ٢/٢٨٨ - ٢٨٩) .

حظ الاثنين^(١) وهو قول ابن ابي ليلى^(٢) .

فصل

٨٥١٤ - ويعالون بولد الاب مع ولد الاب والام ثم يرد على الاخوة من جهة الاب والام ما صار لولد الاب الا ان يكون اختاً واحدة فيرد عليها تمام النصف ، ويكون الباقي لولد الاب .

فصل

ميراث الخثى

٨٥١٥ - وفي الفرائض ميراث الخثى وهو الذي له ما للرجل وما للاتى وفيه خلاف طويل ومائل صعبة .

٨٥١٦ - فأبو حنيفة يجعله اثني انه اضر به^(٣) وسفيان وأبو يوسف يعطيه نصف نصيب اثني ونصف نصيب ذكر فيكون له ثلاثة من سبعة ومحمد يعتبر به الاحوال ويعطيه خمسة من اثني عشر سهماً والشافعي يعطيه ما هو اليقين ويوقف الباقي حتى يسطلح الورثة وهذا في رجل مات وترك أبناء وخثى مشكلاً فما ذكرناه هو الواجب فيه ، والتشاغل بعمل مسائل الخثى يضع به الزمان فيما لا يقع وهو مذكور في الكتب .

(١) وفي بداية المجتهد (٢/٢٨٩) ، واما علي (رض) فكان يعطى الجد الاحظى له من السدس أو المقاسمة ، وسواء كان مع الجد والاخوة غيرهم من ذوي الفرائض أو لم يكن .

(٢) في بداية المجتهد (٢/٢٨٩) « بقول علي (رض) قال ابو حنيفة ، كذا والصواب ما ذكره السحناني أعلاه . وقد سبق لابن رشد ان ذكر أن ابا حنيفة لا يورث الاخوة مع الجد .

(٣) كذا وفي نسخة منيخ : لانه اضر به . وفي نسخة تونس : وهو اضر به ومتيقن .

باب قسمة التركات على الورثة

٨٥١٧ - وإذا لم تخرج سهام كل جزء صحيحة عليهم فاضرب المنكسر على السهام في اصل المسألة وعولها ان كانت عائلة ، فما بلغ فمنه تصح المسألة ويخرج سهم كل واحد صحيحا وهذا يكون اذا لم يوافق السهام .

فصل

الموافقة

٨٥١٨ - في معرفة الموافقة ان يفنى العدد الاكثر بالاقل فان افناه فهو جزء منه وهما يتفقان بما في ذلك من العدد .
وان بقى من العدد الاكثر بقية هي اقل من العدد الاقل فافن بها العدد الاقل فان فنياً باثنين فهما يتفقان بالانصاف وان فنياً بثلاثة فهما يتفقان بالاثلاث وكذلك ابداً يعتبر الاعداد فان بقى واحد من احد العددين فلا اتفاق بينهما بحال فاذا كان كذلك فاضرب احدهما في الآخر فما بلغ فاضربه في المسئلة وعولها ان كانت عائلة مما بلغ فمنه تصح المسئلة .

فصل

أحوال الفرائض

٨٥١٩ - وجميع الفرائض لا تخلو اما ان تكون على جنس واحد أو جنسين أو ثلاثة أو اربعة أو خمسة اجناس وهو اكثر ما يكون في الفرائض ولا بد من ان يكون بعض اهل الفرائض تصح عليه سهامه ، واربعة قد تصح وقد لا تصح ، وقد يوافق البعض البعض وقد يختلفان وقد يكونان متساويين وقد يكون احدهما جزءاً من الآخر فان لم يوافق فاضرب احدهما في الآخر ، وما اجتمع في اصل المسئلة وعولها فتصح منه وان توافقت فخذ وفق ذلك وان تساوت فاجتز باحدهما وان كان احدهما اكثر فخذ الكثير واجتز به عن

القليل وهذا يحتاج الى رياضة في الحساب ومعرفة باصوله وقد ذكرت ذلك في كتابي في التشويق الى العلوم والبحث عن حقيقة المعلوم مقدمة في الحساب يعلم بها غوامض المواضع وجليها ، وهذا كتاب كنت قد اودعته اصول الدين واصول الفقه ومسائل الفروع والحساب والفرائض ونوادير المسائل التي تراضى بها العلماء وجعلته باسم الامام المقتدى بامر الله أمير المؤمنين اصلح الله على يديه الامور .

فصل

كيفية القسمة

٨٥٢٠ - واذا اردت قسمة التركة فانت بالخيار ان تعطى كل واحد بقدر حقه وتوجه له فتقول الشُّن لفلان والربع لفلان وكذلك سائر السهام وان شئت ان تضرب سهام كل واحد في التركة ثم يصير ما يصير لكل سهم منهم فهو نصيب الذي تطلب ، مثال ذلك ان يكون الورثة زوجا واماً واخوين لام فتكون المسئلة من ستة والتركة عشرون دينارا فانت بالخيار ان تقول للزوج النصف وهو عشرة وللأم السدس وهو ثلاثة وثلاثين وللأخوين للام الثلث ستة وثلاثان وان شئت فاضرب سهام الزوج وهي ثلاثة في عشرين يكون ذلك ستين فاقسم ذلك على ستة تخرج عشرة ، وذلك حق الزوج ثم اضرب سهم الآخرين وهما اثنان في عشرين تكون اربعين فاقسم ذلك على ستة يكون لكل سهم ست وثلاثان وهو نصيبهما وكذلك الام وان شئت فاقسم التركة وهي عشرون على المسئلة وهي ستة يكون لكل سهم ثلاثة وثلاثين ثم اضرب اصول سهام الزوج وهي ثلاثة وثلاثين^(١) وهو ما خرج لكل سهم وهو ثلاثة وثلاثين يكون ثلاثة في ثلاثة تسعة^(٢) وثلاث في ثلاثة واحد يكون

(١) في نسخة منيخ : ثم اضرب سهام الزوج وهي ثلاثة في ثلاثة وثلاث .

(٢) في نسخة تونس بدلا من جملة : وهو الخ ، جاء يكون : ثلاثة في ثلاثة تسعة وثلاث في ثلاثة واحد يكون الجميع عشرة .

الجميع عشرة وكذلك باقي الوجوه مثل ذلك •

فصل

ما يقبل فيه إقرار الميت

٨٥٢١ - وما يقبل فيه إقرار الميت في حياته وما لا يقبل فقد مضى في

الإقرار •

فصل

ولد الملائنة

٨٥٢٢ - وولد الملائنة فلا يرثه أحد من جهة الأب^(١) ولا أقرائه

ويرثه ابنه وإخوانه لأمه ، فإن مات وترك أمه وإخاه لأمه فلكل واحد سهمه
للأم الثلث وللأخ السدس والباقي رد عليها فيكون المال بينها على ثلاثة عندنا •

٨٥٢٣ - وقد روى فيه خبر أن المرأة تحرز ميراث ثلاثة عتيقها

ولقيطها والولد الذي لاغت به وعند الشافعي يكون الفاضل لبيت المال ،
وعندنا يقسم على ثلاثة أسهم بالفرض والرد •

فصل

٨٥٢٤ - فإن ترك أمه وثلاثة أخوة لأم فلأمه السدس والثلث

للأخوة لأمه ويقسم على ثلاثة بالفرض والرد وتصبح المسئلة من تسعة
أسهم •

فصل

إقرار الملائن بولده

٨٥٢٥ - وإن أقر الملائن بولده ضرب الحد ورد إليه النسب ، وإذا

(١) في نسخة (ق) : الأم وهو غلط •

مات ورثه وأقاربه • وإن ادعاه وهو ميت لم تقبل دعوته عندنا •
وقال الشافعي يقبل ذلك •

فصل

٨٥٢٦ - ولو خلف أبنا قبلت دعوته في قولهم جميعا • وفي كتاب
الفرائض مسائل كثيرة والذي ذكرت أصول ما يقع منه دون استيفاء المسائل
وفيه كتب مفردة مصنفة •
وإذا قد ذكرنا ذلك وختمنا الكتاب بالمواريث وكنا قد وعدنا أن نذكر
أبوابا شتى مختلفة الوضع حتى نذكر في كل باب ما فرطنا في الكتاب •

باب الدعاوى

٨٥٢٧ - وهذا اول باب من الدعاوي : اذا ادعى كل واحد على الآخر
واذا حضر الرجلان عند القاضي وادعى كل واحد على صاحبه وخرج
القولان معاً أو حضرا وسكتا ولم يعرف المدعي منهما القاضي فانه يسألهما
ايكما المدعي ؟ فان قال واحد منهما انا تسمع دعواه وان قالاً معا كل واحد
انا المدعي فهو بالخيار ان شاء سمع منهما جميعا ما يقول كل واحد منهما
وان شاء اقرع بينهما وان شاء قدم احدهما على صاحبه كل ذلك جائز .

فصل

٨٥٢٨ - واذا كثر الخصوم وازدحموا ولم يعرف السابق منهم كتب
الرقاع فمن خرجت قرعته قدم .

فصل

٨٥٢٩ - ويجعل للنساء يوما وللرجال يوما ويفعل في دعوى النساء
ما يفعل في دعوى الرجال .

فصل

المساواة في حق التقاضي

٨٥٣٠ - والمسلمون والكفار والاحرار والعبيد والمكاتب في الدعاوى
سواء .

فصل

دعوى المرتد

٨٥٣١ - واختلف اصحابنا في دعوى المرتد فمنهم من قال هو في
الدعوى كغيره .

ومنهم من قال لا تسمع دعواه لان ملكه قد زال عن امواله •
ومنهم من قال تسمع فيما اكسب بعد الردة ولا تسمع فيما كان قبل
الردة •

وعند ابي يوسف ومحمد تسمع في جميع الاحوال سمعت هذا في
درس كتاب الدعوى من مختصر الحاكم على شيخنا قاضي القضاة رحمه الله •

فصل

دعوى شراء العقار

٨٥٣٢ - واذا ادعى رجل على آخر انه اشترى الدار التي في يده ،
وادعى صاحب اليد انه اشتراها من الخارج واقام كل واحد منهما بينة بما
ادعاه فابو حنيفة وابو يوسف يبطل اليتنين ويجعل الشيء في يد من هو
في يده •

وقال محمد يحكم باليتنين جميعا ويجعلها كأنها كانت للمخارج فباعها
من المشتري ثم اشتراها وعلى هذا الاصل عدة مسائل •

باب دعوى الرجلين الشيء

وهو في يد غيرهما

٨٥٣٣ - وإذا ادعى الرجلان دارا أو عرضا في يد ثالث وإقام كل واحد اليه أنه له والذي في يده الشيء ينكر ذلك فأنما تقضي بذلك بهما نصين ، وهذا قول أصحابنا جميعا .

٨٥٣٤ - وقال الشافعي في أحد قوليهِ تتعارض اليتان وتسقطان ويقر الشيء في يد الذي هو في يده .

والقول الآخر له يستعمل اليه وفي كيفية الاستعمال ثلاثة أقوال أحدهما يقرع بينهما فمن خرجت له القرعة حكم له بالشيء .
والثاني تنزع الدار من يده ويوقف الحكم حتى يضطلحا .
والثالث مثل قولنا .

فصل

هل لعدد الشهود تأثير؟

٨٥٣٥ - ولا فرق عندنا بين أن يقيم أحدهما شاهدين والآخر أربعة وما زاد فإن الحكم لا يختلف في القسمة .

٨٥٣٦ - وقد ذكر الخصاص عن علي رضي الله عنه أن رجلين ادعىا بقلة فجاء أحدهما بشاهدين وجاء الآخر بخمسة .

٨٥٣٧ - فقال علي رضي الله عنه أن فيها قضاء وصلحا أما الصلح فبأن تباع البقرة فيعطى هذا خمسة أسهم وهذا سهمان وأما القضاء فبأن يستخلف

كل واحد من الخصمين فان تشاحا في اليمين اقرعت بينهما ثم استحلقت
الذي يقرع ويذهب بالبقلة •

٨٥٣٨ - وقد قال الشعبي يقسم المدعى على عدد الشهود فيأخذ كل
واحد بعدد شهوده كما يضرب اصحاب الدين •

٨٥٣٩ - وعن مالك انه يقضي بالاكتر ويدع الاقل كما يفعل في
الاخبار •

فصل

إثبات اليد السابقة

٨٥٤٠ - واذا ادعى رجل عبدا في يدي آخر انه كان في يديه اسس
واقام بذلك بينة فان ابا حنيفة ومحمد قالا لا تقبل هذه الشهادة •

فصل

٨٥٤١ - وقال ابو يوسف تقبل هذه الشهادة ويقضى بها ، واتفقوا على
انه لو شهدوا على اقرار الذي هو في يديه يقبل •

فصل

الخارج وصاحب اليد

٨٥٤٢ - والخارج وصاحب اليد اذا ادعى كل واحد ان الشيء له
واقام بينة فالقياس عندنا ان البينة بينة الخارج في جميع الاحوال ، وهو قول
ابن ابي ليلى •

٨٥٤٣ - وقال أصحابنا الخارج احق الا في التابع^(١) ، وما لا يتكرر
ويعاد •

٨٥٤٤ - وقال الشافعي بينة الداخل اولى من الخارج في جميع
الاحوال ، وعندنا لا تسمع بينة صاحب اليد على ما بدل اليد^(٢) •

(١) في نسخة تونس : الا في النتاج •

(٢) كذا ولم ترد هذه العبارة في نسخة تونس •

فصل

٨٥٤٥ - فان اقام كل واحد بيته ان العبد ولد في ملكه فان يقضي به للذي هو في يده ، وقد روى في ذلك اثر عن النبي صلى الله عليه وسلم ^(١) .

فصل

٨٥٤٦ - واذا ادعى رجل على رجل عينا في يده كائنا ما كانت ، فقال الذي هو في يديه هذه لفلان أو دعني اياها ، فان اقام بيته بما قال دفع الخصومة عن نفسه وان [لم تكن له بيته] ^(٢) ، فهو الخصم .

٨٥٤٧ - وقال ابن ابي ليلى ، دفع الخصومة عن نفسه بالاقرار انها لغيره .

٨٥٤٨ - وقال ابن شبرمة لا يدفع في الحالين الخصومة منه بل هو الخصم وان اقام بيته .

٨٥٤٩ - ولا فرق عند ابي حنيفة وابي يوسف بان يشهد الشهود بانهم يعرفون المقر له اذا رواء عرفوا وجهه وان جهلوا اسمه ونسبه .

٨٥٥٠ - وقال ابو يوسف هذا على ما يقع في قلب الحاكم ويعرف به الرجل المدعي عليه ، وقال محمد اذا لم يعرف الاسم والنسب لم يقبل ذلك ، وان ادعى انه اشتراه أو اجره أو رهنه أو سلمه فذلك كله سواء ويدفع الخصومة وفي الشهادة انه سرقه خلاف بين أصحابنا .

٨٥٥١ - وقال ابو حنيفة لا يدفع ، وقال محمد يدفع .

(١) جاء في جامع مسانيد الامام (٢/٢٦٨ - ٢٦٩) ، ابو حنيفة عن ابي الزبير عن جابر بن عبد الله (رض) عن النبي (ص) ان رجلين اختصما في ناقه واقام كل واحد بيته انها نتجت عنده فقضى بها للذي هي في يده .

(٢) من نسخة تونس .

فصل

لا تجب اليمين على كل منكر

٨٥٥٢ - وكل مدع فعليه البينة في سائر الحقوق ولا يجب اليمين على

كل منكر ، بل على بعض المنكرين دون بعض ، وقد مضى من يحلف ومن

لا يحلف اذا ادعى عليه فيما مضى فلا وجه لاعادته •

باب الدعوى في الميراث ودعوى التوارث

فصل

- ٨٥٥٣ - واذا ادعى رجل على رجل ان اياه مات وترك له هذا العبد الذي في يد المدعي عليه ميراثا منذ سنة واقام البينة ، وادعى الآخر ان ذلك ميراث له من ابيه وانه تركه له منذ سنتين واقام بذلك بينة فهو لصاحب السنتين عند ابي حنيفة ومحمد وقول ابي يوسف الآخر •
وقال اولاهو بينهما بالسوية وهو قول محمد •
وذكر الشافعي القولين كما ذكرناه •
- ٨٥٥٤ - لان اقدم الوقتين يثبت فيه الملك ثم يستدام^(١) فيكون اولى ، لانهما تساويا في الملك ومع الآخر مزية فكانت اولى •

فصل

الدفع بان الدار لآبيه أو لجدّه

- ٨٥٥٥ - واذا ادعى رجل على غيره دارا في يده انها له فانكر واقام بينة انها لآبيه لم تقبل البينة في ظاهر الكتب •
- ٨٥٥٦ - ومن اصحابنا من يقول هذا اتفاق ومنهم من يقول هذا قول ابي حنيفة ومحمد ، فاما على قول ابي يوسف فيقبل ذلك •

فصل

- ٨٥٥٧ - ولو شهدوا بانها لجدّه فان ذلك لا يقبل حتى يجروا الموازيث اليه بان يقولوا مات جدّه وتركها ميراثا لآبيه ثم مات ابوه وتركها ميراثا له •

(١) استصحاب الحال •

وقال ابو يوسف ان علم ان الجد مات قبل الاب قضى له ، وان مات قبل الجد أو جهل الحال في ذلك لم يقض له لجواز ان يكون بينهما آخر •

٨٥٥٨ - ولو شهدوا ان اباہ مات وتركها ميراثا له ولم يقل الشهود انهم لا يعلمون له وارثا غيره فان القاضي يتلوم مدة فان لم يظهر له وارث غيره سلم اليه الميراث عند ابي حنيفة ولا يأخذ منه كفيلا لان اخذ الكفيل ظلم •

٨٥٥٩ - وقال ابو يوسف ومحمد لا يسلم اليه الميراث حتى يأخذ الكفيل منه •

فصل

٨٥٦٠ - ومن ادعى دارا في يد رجل انها له ولاخيه الغائب وان اباها مات وتركها ميراثا لهما ومن هي في يديه [ينكر] فأقام بينة بما ادعاه فانه يقضي له بالنصف ويدع النصف في يد المدعي عليه حتى يحضر الغائب عند ابي حنيفة •

٨٥٦١ - وهل يحتاج الغائب الى ان يعيد البينة ؟

قال في كتاب الدعوى لا يحتاج •

٨٥٦٢ - وفي الجامع الصغير اذا ادعى القصاص فحضر الغائب كلف اعادة البينة وذكر في المسئلة روايتين •

٨٥٦٣ - وقال ابو يوسف ومحمد يؤخذ النصف الآخر ويترك بيد عدل حتى يحضر الغائب ، ولو كان ذلك عرضا من العروض فان القاضي يدع ذلك في يد العدل في قولهم جميعا وان اقر الذي في يديه الشيء بذلك للميت فانه يقر في يده في قولهم جميعا •

فصل

٨٥٦٤ - ومن يرث في حال دون حال فاقام اليته بموت من يرث وهو ممن يحجب كالاخ وابن الابن والعم والجدة ، وكل من يتقدم عليه غيره كالمولى المعتق فانه لا يسلم اليه الميراث حتى يقول الشهود انه لا وارث له غيره .

٨٥٦٥ - وقال زفر يسلم لانه اذا قال مات وترك فلانا وارثه فلا يجوز ان يؤخر حقه بمن لم يثبت انه وارث .

فصل

٨٥٦٦ - والزوجان ايها اقام بينه بملوت وانه وارث ولم يبين الشهود من يرث معه من الورثة فما الذي يعطى الزوج ؟

٨٥٦٧ - فحكى الخصاص انه يعطى نصف المال في قول ابي حنيفة وعند ابي يوسف الربع .

٨٥٦٨ - وقال الحسن الخمس وفي الزوجة الربع وعند ابي يوسف ربع الثمن . وروى عنه ربع المال والذي حكاه الطحاوي وغيره انه يعطى اقل النصيين ، وهو قول ابي يوسف .

٨٥٦٩ - وقال محمد اكثر النصيين .

٨٥٧٠ - وروى عن ابي يوسف ربع الثمن في الزوجة .

٨٥٧١ - وروى الحسن عنه ربع السبع حكى هذا الخلاف في المختصر .

فصل

تحديد وقت الموت

٨٥٧٢ - ومن اقام بينه ان هذا الشيء لايه مات وتركه ميراثا في يوم

كذا من سنة كذا فاقامت امرأة بينة ان الميت تزوجها بعد ذلك الوقت وانه مات بعد ذلك فانه يحكم باليتين جميعا وتأخذ الصداق والميراث من الابن لانه ليس للابن في الوقت حق . واذا اقامت امرأة اخرى بينة بعد وقت الاولى بالتزويج والموت بعد ذلك حكم لها بذلك وشاركت الاولى لانه لا حق للاولى في الوقت .

فصل

٨٥٧٣ - ولو كان ابن اقام بينة ان فلانا قتل اياه يوم كذا ففضى بذلك واقامت امرأة بينة انه تزوجها بعد ذلك لم اقبل منها لان القتل قد لزم في ذلك الوقت فلا تبطله بينة المرأة ، والموت ليس فيه حق لزوم لاحد ، الا ترى انها لو اقامت بينة انه تزوجها يوم النحر بمكة فقضيت لها بالنكاح ثم اقامت اخرى بينة انه تزوجها ذلك اليوم بخراسان لم اقبل ذلك لاني قد حكمت انه بمكة ذلك اليوم .

حكى هذه المسائل الخفاف في ادبه .

فصل

٨٥٧٤ - ولو قال المدعي كان هذا الشيء في يد ابي مات وهو في يده واقام على ذلك بينة حكمت بذلك الشيء وجعلته ميراثا لورثة ابي المدعي ، ولو شهد بذلك لرجل حي انه كان في يده منذ شهر أو سنة كان ذلك باطلا عند ابي حنيفة ومحمد . وقال ابو يوسف تقبل وقد مضت .

فصل

قرينة اليد

٨٥٧٥ - والشهادة بان اياه مات وترك هذه الدار ميراثا او هي في يديه أو ساكن فيها أو متصرف فيها فذلك كله سواء ويحكم له بالدار . ولو قالوا مات فيها حين مات لم يحكم بهذه الشهادة لانهم لم يشبوا

ملكاً ولا يدا بخلاف الأول •

فصل

ثبوت الملك تبعاً لليد

٨٥٧٦ - ولو شهدوا انه كان لاسا هذا الثوب أو الخاتم أو راكباً على هذه الدابة أو حاملاً هذا المتاع قضى بذلك واخذ ذلك من يد الذي هو في يديه لأن هذه الأشياء تدل على ثبوت اليد والملك يثبت تبعاً لذلك •

فصل

معيار ثبوت اليد

٨٥٧٧ - ولو شهدوا انه مات وهو قاعد على هذا البساط أو نائم على هذا الفراش لم يستحق بذلك شيء لانه قد يموت على بساط غيره •

باب اختلاف الشهود في الوقت والإطلاق

٨٥٧٨ - وهذا باب اختلاف الشهود في الوقت والإطلاق ، واصل هذا الباب ان الرجلين اذا دعيا شيئاً فلا يخلو اما ان يكون في يدهما أو يد احدهما أو يد ثالث وادعيا الملك المرسل أو الميراث أو الشراء واقاما بذلك بينة فلا يخلو من ان يطلق الشهود الوقت أو يوقتا وقتاً ، أو يوقت احدهما ويطلق الآخر فان اطلقا فهو بينهما بالسوية وان وقتا فهو لصاحب الوقت الاول عند ابي حنيفة •

٨٥٧٩ - وهو قول ابي يوسف الآخر ، وان وقت احدهما ولم يوقت الآخر فلا عبرة بالوقت ، سواء كان ذلك في الملك المطلق أو الميراث وفي قول ابي يوسف الاول لا عبرة بالوقت في الاحوال كلها ، وان وقت احدهما واطلق الآخر فهو لصاحب الوقت عند ابي يوسف •

٨٥٨٠ - وقال ابو حنيفة هو للذي اطلق بانه يقتضي الملك من اصله وعند محمد لا عبرة بالوقت في الميراث والاول والآخر في ذلك سواء وفي الملك المرسل اذا كان الشيء في يد ثالث فهو لصاحب الوقت الاول كما قال أبو حنيفة •

٨٥٨١ - وان وقت احدهما ولم يوقت الآخر فهو للذي لم يوقت مثل قول أبي حنيفة ، وان كان في يد احدهما •
٨٥٨٢ - وروى عنه اصحاب الاملاء انه قال لا اقبل بينة الذي هو في يديه واقضي للخارج ، وهو قوله الآخر •

فصل

أمة دبرها وأعتقها الآخر

٨٥٨٣ - ولو كانت امة في يد رجل فاقام الآخر البينة انها امة منذ سنة

وانه دبرها واقام الآخر انها امته منذ شهر وانه اعتقها فهي لصاحب الوقت
الاول عند ابي حنيفة وابي يوسف الآخر •

٨٥٨٤ - وفي قول محمد لا عبرة بالوقت وهي حرة •

فصل

وجوب ثبوت اليد

٨٥٨٥ - والرجلان اذا حضرا عند القاضي وكل واحد يقول في يدي
الدار الفلانية وهي لي وملكي والآخر يقول مثل ذلك ، ولا يعلم انها في
يد احدهما فان الطحاوي قال في ادب الحكام الصغير له ان القاضي لا يسمع
منهما •

ويقول لهما من في يديه شيء فهو له لان كل واحد يدعى على صاحبه
شيئاً ، ولا بد ان يكون احد الخصمين مدع والآخر مدعى عليه •

فصل

ادعياء وكل منهما ذو يد

٨٥٨٦ - فان كان الشيء في ايديهما وكل واحد يدعيه واقاما بذلك
بينة قسمه القاضي بينهما نصفين بخلاف ما قاله الشافعي وقد مضت ، وان لم
يكن لهما بينة تركه القاضي في ايديهما لا على سبيل القضاء ، فان اقام
احدهما بينة ولم يقم الآخر فهو للذي اقام البينة •

فصل

تقديم بينة التناج على بينة مطلق الملك

٨٥٨٧ - وان كانت الدعوى في تناج واقام كل واحد البينة بانه ولد في
ملكه قسمه بينهما نصفين لتساويهما في سبب الاستحقاق •
وان اقام احدهما البينة بالتناج والآخر بمطلق الملك فهو للذي اقام

الينة بالتاج ولا فرق بين ان يكون صاحب اليد أو الخارج هو الذي اقام
الينة بذلك •

فصل

العمل بينة شهدت بملك جميع الدار

٨٥٨٨ - وان ادعى احدهما نصف الدار والآخر جميعها وهي في
ايديهما واقام كل واحد بينة بما ادعاه فهو لصاحب الينة التي شهدت
بالجميع له دون صاحب النصف •

فصل

٨٥٨٩ - وان كانت في يد ثالث قسمت بينهما على اربعة اسهم عند ابي
حنيفة وعلى ثلاثة عندهما وقد مضت •

٨٥٩٠ - وان ادعى احدهما وهي في ايديهما ان له خمسة اسداس
واقام على ذلك بينة وادعى الآخر ان له الثلثين واقام على ذلك بينة فان
لصاحب الخمسة اسداس ثلثي الدار ولصاحب الثلثين الثلث لان صاحب
الخمس قد استحق بينته ما في يد الآخر لانه يقول لي النصف والثلث
مما في يدك فبقي في يده سدس ، وصاحب الثلثين يقول قد بقي لي مما في
يدك سدس فقد سلم لصاحب الخمسة اسداس ثلث على طريق الترك وثلث
استحقه بالقضاء فصار في يده الثلثان ، وصاحب الثلثين بقي في يده سدس
وقضى له على صاحبه بسدس واصل الباب ان كلا منهما لا تقبل بينته على
ما في يده وتقبل على ما في يد شريكه لان صاحب اليد لا تسمع بينته عندنا •
ولا اعرف مذهب الشافعي في ذلك •

باب من الدعاوى في الشراء والهبة

٨٥٩١ - وهذا باب من الدعاوى في الشراء والهبة اذا كانت ذابة في يد رجل فادعى رجل انه اشتراها منه بالف واقام اليانة ، واقام رجل آخر اليانة انه وهبها منه أو رهنها أو تصدق عليه بها فصاحب الشراء اولى في قولهم جميعاً .

٨٥٩٢ - وان اقام المدعى يانة بالشراء أو امرأة بانه مهرها ذلك فهي بينهما بالسوية عند ابي يوسف ، وتأخذ المرأة نصف قيمة ذلك من الزوج .

٨٥٩٣ - وقال محمد يانة الشراء اولى ويكون للمرأة قيمة ذلك ، فان ابت القبض في الهبة والصدقة فهو اولى لان المقدين احدهما يملك به والآخر لا يملك به وهو للوقت الاول في قولهم المشهور .

باب من دعوى الولادة والنسب

٨٥٩٤ - وهذا باب من دعوى الولادة والنسب واذا كان العبد في يد رجل فاقام آخر البينة بمثل ذلك فانه يقضى به بينهما بالسوية ويكون العبد ابن العبدین وابن الأمتين في قول ابي حنيفة •

٨٥٩٥ وقال ابو يوسف ومحمد يكون ابن العبدین ولا يكون ابن الامتين ، وفي قول الشافعي لا يكون ابن واحد منهم ويراه القافة وقد مضت •

فصل

٨٥٩٦ - ولو كانت شاة في يد رجل وشاة اخرى في يد رجل آخر قاعدى كل واحد منهما ان الشاة التي في يد الآخر شاته ولدتها شاته التي هي في يده فان يعطى كل واحد شاة صاحبه عندنا •

٨٥٩٧ - وقال ابو يوسف البيتان باطلتان لانه لم تلد كل واحدة الاخرى •

وعند الشافعي لكل واحد ما في يده ، وعلى هذا الخلاف اذا كانت الشاة مذبوحة وفي يد احدهما البدن وفي يد آخر السواقط^(١) فاقام كل واحد منهما البينة ان الشاة له فعندنا ، يأخذ كل واحد ما في يد الآخر •

وقال الشافعي لكل واحد ما في يده •

فصل

٨٥٩٨ - والاخوان اذا كان احدهما مسلما والاخر ذميا واختلفا في

(١) السواقط في اللغة جمع سقيطة وهي ناقصة العقل وههنا يراد بالسواقط الردى من الشاة المذبوحة كالكرش والامعاء فان السقط هو ردى المتاع ، والظاهر ان السواقط بالمعنى المذكور مولدة •

اسلام ايهما عند موته فقال المسلم مات مسلما وقال الآخر مات كافرا فينة
المسلم ودعواه اولى ، وقال الشافعي تتعاضدان فتسقطان في احد القولين
وفي الآخر يشتركان لان الاسلام يعلوا ولا يعلى عليه • ولان الاسلام ظاري
فيته اولى لانها تشهد بأمر حادث •

فصل

نوع آخر

٨٥٩٩ - وأبو حنيفة يرجع بوجه البناء وبالتريع ولا يرجع بقمط^(١)
الحصر ولا بالهراوى^(٢) ، يوسف ومحمد يرجحان بالقمط •

فصل

نوع آخر

٨٦٠٠ - ذكر محمد في الرقيات^(٣) ان رجلا لو وجدناه ميتا فجاه
عشرة انفس من اهل الذمة فشهدوا انه مسلم لم اقبل خبرهم ولم اصل
عليه بقولهم لانه خبر من اخبار الدين فلا يقبل من الكافر •

(١) القمط ما تشد به الاخصاص ، ومنه معاقد القمط ، وفي
حديث شريح انه اختصم اليه رجلان في خص فقضى بالخص للذي تليه
القمط • والخص البيت الذي يعمل من القصب • قال ابن الاثير هكذا قال
الهروي بالضم ، وقال الجوهري القمط بالكسر كانه عنده واحد (لسان
العرب) •

(٢) جمع هراوة • وهي العصا •

(٣) كتاب في المسائل التي فرعها محمد بن الحسن الشيباني حينما
كان قاضيا بالرقعة • وقد رواه عنه محمد بن سماعة ، وكان معه طول بقاء
محمد بن الحسن بها (بلوغ الاماني في سيرة الامام محمد بن الحسن
الشيباني للكوثري ص ٨٢) •

فصل

٨٦٠١ - ولو جاء رجل مسلم وقال انا ابنه وهو ابي مسلم مثلي صلى عليه ودفن في مقابر المسلمين وسلم اليه ميراثه لان خبر المسلم مقبول على المسلمين ، وسلم الميراث اليه لانه لا مدع له سواء .

فصل

٨٦٠٢ - ولو كانت الدار في يد مسلم فقال ، ابي مات مسلماً وتركها ميراثاً ، وقال اخو الميت وهو ذمي مات ابي وهو على ديني فميراثه لي فالقول قول الابن المسلم ، لانا حكمنا له بالاسلام وصلينا عليه بقول المسلم والاخ ليس وارثاً مع الابن ولا يسمع قوله انه ذمي ، كما لو اخبر بذلك غير الاخ لم يسمع خبره ولم نجعله ذمياً .

فصل

٨٦٠٣ - ولو كانت الدار في يد ورثته فقالت امرأته وهي مسلمة ، كان زوجي مسلماً وله اخ مسلم فصدقها اخذت الدار من يد الورثة الكفار وجعلتها بين الاخ والمرأة .

٨٦٠٤ - ولو كان له ابن كافر واخ مسلم واختلفا في اسلامه فالقول قول الابن الكافر لان الاخ مع الابن لا يرث فهو كالأجنبي ، وهذا كله اذا لم يعلم كفره الاصلبي ولا اسلامه فان عرف كفره فاليراث للكافر ، وان عرف الاسلام لم يسمع الكفر .

٨٦٠٥ - وقد ذكرنا في هذا الكتاب ما تمس الحاجة اليه وفيه يقع غالباً في البلاد ولم نذكر الشواذ ولا عويص المسائل ، ولا ما لعله لا يقع ، وذكر كل ما ذكر لا يمكن في هذا لكثرة الفروع في الكتب ، وفي الذي ذكرت ما لم اراه في كتب من صنف في هذا الشأن كتاباً مجموعاً ولا معللاً ولا مبيناً ، وتحريت الحكايات واضفت ما لعله ينكره من لا علم له بالمسائل

الى مواضعه من الكتب ، وثبت ذلك •

وفي الذي ذكرت علم كثير ومسائل جمّة واصول يتنى عليها نظائرها
لمن يعرف الاصول والقياس على الامرين •

وكل من انصف من العلماء علم عظيم ما اودعته وقربته وحكيته انه
لم اسبق الى حصر الابواب ولا ترتيب الكتب على ما اثبت •

وانني اول من قسم الكلام في هذا العلم الى الكلام في القاضي والمقضي
له والمقضي عليه والطريق الذي يقضى به والمقضي به من الحقوق •

وانني قد اودعت في كل باب ما لا يوجد في مثله لمن تقدم اما في
الاختصار او الاكثار^(١) أو البيان أو جمع النظائر في^(٢) الاحكام ونحن
نختم الكتاب باب نذكر فيه من تولى القضاء وفضيله الحكم ومن امتنع من
الدخول فيه على حسب ما وعدت به في اول الكتاب^(٣) •

(١) في نسخة تونس : أو الاخبار •

(٢) في نسخة تونس : من •

(٣) في نسخة تونس بعد هذه الجملة : والله اعلم •

باب من ولى القضاء وتولاه من العلماء

وقضاة الخلفاء إلى هذا الوقت ومن اشتهر بذلك^(١)

٨٦٠٦ - اعلم ان الله تعالى للطف^(٢) حكمته شرع الشرائع مختلفة لمصالح العباد ، ولو علم ان الصلاح في الامر الواحد والعبادة الواحدة لما خالف بين التكليف في الاحكام الشرعية ولا نسخ الشرائع بعضها ببعض ولا نسخ من شرعنا ما شرعه ولا زاد^(٣) علينا في التكليف زيادات واسقط عنا واجبات وبعث الانبياء عليهم السلام وبين لهم الاحكام والحلال والحرام .

٨٦٠٧ - فاول حاكم حكم وقاض الزم انما هو الله تعالى الذي (الزم)^(٤) المشاق في التكليف ونهى عن الملاذ والترفيه ، وبين العدل وشرعه ونهى عن المدوان ومنعه فقال : (شهد الله انه لا اله الا هو والملائكة واولو العلم قائما بالقسط ، لا اله الا هو العزيز الحكيم)^(٥) .

وقال (وهو خير الحاكمين)^(٦) .

(١) ورد هذا العنوان في نسخة تونس على النحو الآتي : « باب من تولى الخلافة بعد الرسول (صلى الله عليه وسلم) ومن ولى القضاء وتولاه من العلماء وقضاة الخلفاء » .

(٢) في نسخة تونس : للطف .

(٣) في نسخة تونس وردت العبارة على هذا النحو ابتداء من قوله نسخ : « نسخ من شرعنا ما شرعه اولا ، وزاد علينا في التكليف » الخ .

(٤) هذه الزيادة من نسخة تونس وبها يستقيم المعنى .

(٥) آل عمران ٣/١٨ .

(٦) الاعراف ٧/٨٧ ، ويونس ١٠/١٠٩ ، وهو (١١/٤٥) .

(والله يقضى بالحق)^(١) .

(ولدينا كتاب ينطق بالحق)^(٢) .

وقال : (ووضع الكتاب فترى المجرمين مشفقين مما فيه ، ويقولون يا ويلتنا ، ما لهذا الكتاب لا يغادر صغيرة ولا كبيرة الا احصاها ووجدوا ما عملوا حاضرا ، ولا يظلم ربك احد)^(٣) . وما حكمت به الانبياء عليهم السلام من الاحكام فاخبر الله تعالى عنهم في محكم القرآن فيحتاج الى كتاب كبير ، غير انا نشير الى ان الانبياء يعثوا بالحكم واقامة الشرع واصاف الناس بعضهم من بعض ، وان الله تعالى شدد عليهم في القول وبالغ في الموعظة ، فمن ذلك قوله (تعالى)^(٤) : (يا داود انا جعلناك خليفة في الارض فاحكم بين الناس بالحق ولا تتبع الهوى فيظلك عن سبيل الله ، ان الذين يظنون عن سبيل الله لهم عذاب شديد بما نسوا يوم الحساب)^(٥) .

فاخبر انه الجاعل له خليفة فامر به بالحكم بالحق ونهاه عن الهوى واخبر ان الهوى مضل^(٦) ، وان سبيله تعالى لا ضلال به ولا جور ، ثم اخبر عن المضلين عن سبيله ان لهم عذابا شديدا ، وانهم نسوا يوم الحساب لم يخافوه فركبوا الهوى وضلوا عن الهدى وقال : (وداود وسليمان اذ يحكمان في الحرت اذا نفثت فيه غم القوم وكنا لحكمهم شاهدين)^(٧)

(١) والله يقضى بالحق والذين من دونه لا يقضون بشيء (٢٠: غافر/

٤٠) .

(٢) المؤمنون (٢٣/٦٢) .

(٣) الكهف (١٨/٤٩) .

(٤) الزيادة من نسخة تونس .

(٥)

(٦) في نسخة تونس : يضل عن سبيل الله .

(٧)

ثم اخبر انه فهمه سليمان وانهما جميعا آتاهما حكما وعلما ، وان ما حكما به صواب عنده ، لانه الذي شرعه وعلمه •

ثم قال لنييه عليه السلام بعدما ذكر الانبياء عليهم السلام بان يقتدى بهم ويتبع ما شرعوه الا ما نسخته تعالى من شرائعهم وامره باستئناف الحكم في امته • فكل نبي حاكم وقته وقاضي اهل ملته وهو العياذ في امته والشمس لأهل شريعته^(١) ، فأول حاكم بين المسلمين انما هو النبي صلى الله عليه وسلم •

فصل

نسب الرسول

٨٦٠٨ - وهو ابو القاسم محمد بن عبدالله بن عبدالمطلب [واسمه شية الحمد]^(*) بن هاشم [واسمه عمرو]^(*) بن عبد مناف [واسمه المغيرة]^(٢) بن قصي [واسمه زيد]^(*) بن كلاب بن مرة بن كعب بن لؤي بن غالب بن فهر بن مالك بن النضر [وهو أبو قريش كلها]^(٣) ابن كنانة بن خزيمة بن مدركة بن الياس بن مضر بن نزار بن معد بن عدنان •

فصل

ميلاد النبي وتاريخه

٨٦٠٩ - وولد صلى الله عليه وسلم يوم الاثنين لليلتين خلتا من شهر ربيع الاول ، وقيل لعشر خلون •

(١) هذه العبارات من قوله « فكل نبي » لم ترد في نسخة تونس •

(*) من جوامع السيرة لابن حزم ، ص ٢ •

(٢) من مختصر التأريخ لابن الكازروني •

(٣) من مختصر التأريخ لابن الكازروني ، ص ٣٥ •

وقيل انه ولد يوم الجمعة واتفق الرواة انه ولد عام الفيل .
٨٦١٠ - ورضيت قریش بحكمه وهو ابن خمس وثلاثين^(١) سنة .

بعثته

٨٦١١ - وبعث ليلة العشرين من شهر رمضان وقبل السابع عشر منه ، وفيها نزل القرآن وله اربعون سنة ، وقيل نيف واربعون وبقي بمكة ثلاث عشرة سنة وعشر بالمدينة ورجع الى المدينة ومرض بضع عشرة ليلة وتوفي يوم الاثنين لاثني عشرة مضت من ربيع الاول سنة احدى عشرة ، ومات وله ثلاث وستون سنة .

- في رواية ابن عباس وعائشة وابن المسيب .
- وفي رواية ابي حنظلة مات وله خمس وستون سنة .
- وفي رواية عمرو بن الزبير مات وله ستون سنة .
- وكان يجلس في المسجد ويحكم بين الناس .
- وهو الذي اقام الحدود .
- وشرع بيان المجلد .

٨٦١٢ - وعلم الشرع وحكم وامضى والزم وجس وقتل وقطع وبين احكام جميع ما قدمناه في هذا الكتاب وما لم نذكره فيه .

فصل

٨٦١٣ - وكل امير امره وعامل استعمله فكانوا هم الذين يتولون احكام من ولاهم عليهم وفيهم كثرة .

فمن جملة من امره على السرايا واستعمله على البلاد عمه حمزة^(٢) .

(١) في نسخة تونس : ثلاثين . هذا وقد جاء في مختصر التازين لابن الكازروني : لما بنيت الكعبة رضيت قریش بحكمه فيها وله خمس وثلاثون سنة .

(٢) في جوامع السيرة لابن حزم (ص ١٧) انه (ص) بعث حمزة بن عبدالمطلب الى ساحل البحر من ناحية العيص .

رضى الله عنه ، وهو اول وال ولاء بعد دخول المدينة ثم عبيدة بن الحارث^(١)
[بن المطلب] •

ثم سعد بن ابني وقاص^(٢) •

ثم عبدالله بن جحش^(٣) •

ثم سالم بن عمير^(٤) •

ثم عبدالله بن أنيس^(٥) ومحمد بن مسلمة^(٦) •

(١) صحابي من قادة الفتح فتحت القادسية والمدائن على يده في خلافة
عمر بن الخطاب واسلم على يد ابني بكر الصديق (رض) (مختصر التاريخ
لابن الكازوني ، ص ٣٩ و ٦٥ و ٦٦) وبعثه النبي (ص) الى الخِزَرار
(جوامع السيرة لابن حزم ، ص ١٧) •

(٢)

(٣) صحابي بعثه النبي (ص) الى نخلة (جوامع السيرة لابن حزم ،
ص ١٧) •

(٤) صحابي بعثه النبي (ص) الى ابني عفاك من بني عمرو بن عوف ،
فقتله (جوامع السيرة لابن حزم ، ص ٢١) •

(٥) في جوامع السيرة (لابن حزم ، ص ١٩) ان النبي (ص) بعث
عبدالله بن أنيس الجهني لقتل خالد بن سفيان الهذلي فقتله عبدالله ، بعثه
عليه السلام لذلك وحده ، وجعل له عليه السلام آية ان تأخذ عبدالله رِعه ،
فكان كما قال عليه السلام • اه •

وقد جاء في ترجمة عبدالله بن انيس في أسد الغابة (١١٩/٣) انه
جهني ثم انصاري حليف بني سلمة من الانصار •

(٦) جاء في المعارف لابن قتيبة (ص ٢٦٩) محمد بن مسلمة بن سلمة
من بني حارثة بن الحارث بن الخزرج حليف لبني عبد الاشهل ، وكان
يقال له فارس رسول الله (ص) واستخلفه في غزوة قرقرة الكندر على
المدينة • وكان اسود طويلا عظيما اصلع ، وشهد مع رسول الله (ص) بدرأ
والمشاهد كلها ، وأخذ بعد رسول الله (ص) سيفاً من خشب ، وجعله في
جفن ، ولم يشهد الجمل ولا صفين ولا حارب في فتنة • اه •
وفي جوامع السيرة (ص ١٧) انه (ص) بعث محمد بن مسلمة الانصاري
الى قتل كعب بن الاشرف •

ثم عكاشة بن محصن ^(١) [الاسدي] •

ثم أبو عبيدة بن الجراح ^(٢) •

ثم زيد بن حارثة ^(٣) •

(١) في جوامع السيرة لابن حزم (ص ١٨) وبعث عكاشة بن محصن الاسدي الى الغمرة • وفي أسد الغابة (ج ٤ ص ٢ - ٣) عكاشة بن محصن ابن حراثان الاسدي ، حليف بني عبد شمس يكنى ابا محصن كان من سادات الصحابة وفضلائهم ، هاجر الى المدينة وشهد بدرًا ، وابلى فيها بلاء حسنا • وشهد احدى والخندق والمشاهد كلها مع رسول الله (ص) وبشره رسول الله (ص) انه ممن يدخل الجنة بغير حساب ، وقتل في قتال اهل الردة في خلافة ابي بكر ، قتله طليحة بن خويلد الاسدي الذي ادعى النبوة • روى عن عكاشة ابو هريرة وابن عباس •

وفي معجم ما استعجم : غمرة موضع ، وهو فصل بين نجد وتهامة من طريق الكوفة ، كما ان وجرة فصل بين نجد وتهامة من طريق البصرة •

(٢) في جوامع السيرة لابن حزم (ص ١٨) : وبعث ابا عبيدة بن الجراح الى ذي القصة ، من طريق العراق • وفي أسد الغابة (٣٤٩/٥ و ٨٤/٢ - ٨٦) ابو عبيدة بن الجراح قيل اسمه عامر بن عبدالله بن الجراح وقيل عبدالله بن عامر والاول اصح • وهو عامر بن عبدالله بن الجراح بن هلال القرشي الفهري ، احد العشرة المشهود لهم بالجنة • وشهد بدرًا واحداً وسائر المشاهد مع رسول الله (ص) وهاجر الى الحبشة الهجرة الثانية ، والى المدينة أيضا ، وكان يدعى القوي الامين وقال له أبو بكر الصديق يوم السقيفة : قد رضيت لكم أحد هذين الرجلين عمر بن الخطاب وابو عبيدة ابن الجراح ، وكان احداً لامراء المسيرين الى الشام والذين فتحوا دمشق • توفي بطاعون عمواس سنة ثمان عشرة وعمره ثمان وخمسون سنة ، وبين عمواس والرملة أربعة فراسخ مما يلي البيت المقدس ، ولما حضره الموت استخلف معاذ بن جبل على الناس • اه •

وفي معجم ما استعجم : ذو القصة : موضع في طريق العراق من المدينة ، سمي بذلك لقصة في ارضه • والقصة الجص •

(٣) في جوامع السيرة (ص ١٨) ، وبعث زيد بن حارثة الى الجحوم من ارض بني سليم •

- ثم عبدالرحمن بن عوف^(١) .
- ثم علي بن ابي طالب^(٢) .
- ثم عبدالله بن رواحة^(٣) .
- ثم كُرْز بن جابر^(٤) .
- ثم عمر بن الخطاب^(٥) .
- ثم أبو بكر بن ابي قحافة^(٦) .

وفي معجم ما استمعج : الجموم بلد من أرض بني سُلَيْم . وماء آخر في ديار بني عَطَفَان .

وفي أسد الغابة (٣٤/٢) زيد بن حارثة بن شراحبيل وهو مولى رسول الله (ص) وحبه اصابه سبأ في الجاهلية وهبته خديجة للنبي (ص) فاعتقه وتبناه حتى انزل الله تعالى (ادعوهم لأبائهم) فالغي التبني ، وأخى رسول الله (ص) بينه وبين حمزة بن عبدالمطلب (رض) . وشهد زيد بن حارثة بدرأ ، وهو الذي كان البشير الى المدينة بالظفر والنصر ، وزوجه رسول الله (ص) مولاته ام ايمن ، فولدت له اسامة بن زيد ، وكان زوج زينب بنت جحش ، وهي ابنة عمّة رسول الله (ص) وهي التي تزوجها رسول الله (ص) بعد زيد نظراً لابطال التبني .

(١) في جوامع السيرة (ص٢٠) انه بعث عبدالرحمن بن عوف الى دومة الجندل .

(٢) فيها ايضا ص١٨ : وبعث علي بن ابي طالب الى اليمن (و) الى بني عبدالله بن سعد من أهل فدّك .

(٣) فيها ايضا (ص١٩) : وبعث عبدالله بن رواحة الى خيبر .

(٤) فيها ايضا (ص٢١) : وبعث كُرْز بن جابر خلف الذين قتلوا الرّعاء وسمّكوا عيونهم .

(٥) فيها ايضا : وبعث عمر بن الخطاب الى تَرْبَة من ارض بني عامر .

(٦) وفيها ايضا (ص١٩) : وبعث ابا بكر (رض) الى فزاري .

- ثم بشير بن سعد^(١) [الانصاري]
- ثم ابن ابي العوجاء السلمي^(٢)
- ثم غالب بن عبدالله الليثي^(٣)
- ثم كعب بن عمير الغفاري^(٤)
- ثم عمرو بن العاص^(٥)
- ثم ابو قتادة^(٦)
- ثم خالد بن الوليد^(٧)
- ثم عتاب بن اسيد^(٨)

(١) وفيها أيضا (ص ١٨) : وبعث بشير بن سعد الانصاري ، من بني الحارث بن الخزرج الى ناحية خيبر .

(٢) وفيها أيضا (ص ١٨) : وبعث ابن ابي العوجاء السلمي الى بني سليم .

(٣) وفيها أيضا (ص ١٨) : وبعث غالب بن عبدالله الليثي الى الكديد ، الى بني المثلوح من بني كنانة .

(٤) وفيها أيضا (ص ١٩) : وبعث كعب بن عمير الغفاري الى ذات اطلاق ، من ارض الشام .

(٥) وفيها أيضا (ص ٢٠) وبعث عمرو بن العاص الى ذات السلاسل من ارض بني عذرة ، وأمدّه بجيش عليهم ابو عبيدة .

(٦) ابو قتادة الانصاري اسمه الحارث بن ربيع الانصاري الخزرجي السلمي فارس رسول الله (ص) وقيل اسمه النعمان قاله الكلبي وابن اسحق والحارث اكثر اختلف في شهوده بدرأ ، وشهد احدى وما بعدها من المشاهد كلها . توفي بالكوفة في خلافة علي (اسد الغابة ص ٢٧٤ - ٢٧٥ ، وانظر جوامع السيرة لابن حزم ، ص ٢٨ و ١٩٨ - ١٩٩) .

(٧) في جوامع السيرة لابن حزم (ص ٢٠) وبعث خالد بن الوليد الى بني جذيمة من بني كنانة . (و) الى اليمن .

(٨) في المعارف لابن قتيبة (ص ٧٣) كان عتاب بن اسيد بن ابي العيص بن امية عامل رسول الله (ص) على مكة . وفي جوامع السيرة (ص ٢٣)

- ثم عينة بن حصن^(١) .
 - ثم قيس بن عاصم (المنقري)^(٢) .
 - ثم الضحاك بن سفيان الكلابي^(٣) .
 - ثم علقمة بن مجزز^(٤) [المدلجي] .
 - ثم اسامة بن زيد^(٥) عقد له في مرضه .
- فهؤلاء جملة من أمره على السرايا ، وفيهم من تكررت له السرايا ، وفيهم من لم تكرر وكل هؤلاء عقد له لواء ، وكل واحد من هؤلاء قد حكم وقضي فيما امر عليه وكل واحد ولي قبل الآخر على الترتيب الذي وصفناه .
- ٨٦١٤ - ومن عماله عليه الصلاة والسلام جماعة كانوا هم الحكام كعماذ بن جبل^(٦) وابن اللبنة .

→

انه (ص) ولاء مكة واقامة الموسم والحج بالمسلمين سنة ثمان ، وهو دون العشرين سنة .

- (١) في جوامع السيرة لابن حزم (ص٢٠) وبعث عيسى بن حصن ابن حذيفة بن بدر الفزاري الى بني العنبر من بني تميم .
- (٢) في جوامع السيرة لابن حزم (ص٢٥) انه (ص) ولي قيس بن عاصم المنقري والزبرقان بن بدر على صدقات بني سعد بن زيد مناة بن تميم .
- (٣) في جوامع السيرة لابن حزم (ص٢٦) كان الضحاك بن سفيان الكلابي سيافه (ص) .
- (٤) في جوامع السيرة (ص٢١) : وبعث علقمة بن مجزز المدلجي .
- (٥) فيها ايضا (ص٢١) وبعث اسامة بن زيد الى الشام ، وهو آخر بعوثه ، مات (ص) قبل ان يُنفذه ، فأنفذه ابو بكر الصديق .
- (٦) في مختصر التاريخ لابن الكازروني (ص٥٦) ان قضائه (ص) هم علي بن ابي طالب (ع) ومعاذ بن جبل وابو موسى الاشعري ، كل منهم ولي قضاء اليمن ، وفي جوامع السيرة لابن حزم (ص٣٠) ان الرسول (ص) بعث معاذ بن جبل الى حملة اليمن داعيا الى الاسلام .

ومنهم من نظر في أيام الخلفاء والائمة .
ونحن نذكر من ذلك عددا بحسب ما بلغنا ان شاء الله تعالى .

فصل

٨٦١٥ - اعلم ان كل امام ولى بعد النبي صلى الله عليه وسلم كان يقضي بين المسلمين ويجلس ويصل اليه القوي والضعيف .
ونحن نذكرهم على الولاء والترتيب ونذكر من قضاء كل واحد بما وقع اليه .

أبو بكر

٨٦١٦ - فاول خليفة قضى وامام حكم بين المسلمين ولم يختلف عليه ولا فيه الصحابة رضى الله عنهم انما هو ابو بكر عبدالله بن [ابي قحافة]^(١)
عثمان بن عامر بن عمرو بن كعب بن سعد بن تيم بن مرة ، وفي هذا الاب يجتمع هو والنبي صلى الله عليه وسلم لان تيم اخو كلاب ابوهما مرة بن فهر فهو والنبي صلى الله عليه وسلم في القعد^(٢) الى مرة سواء ، وكل واحد هو الثامن في القعد .

وأول امام في المسلمين كان من أهل الاجتهاد ، ولولا أنه كان كذلك لم يكن [جديراً] بان يولى الحكم والامر والنظر على المسلمين .

٨٦١٧ - ولا يجوز ان يكون القائم في الامة بعد النبي صلى الله عليه وسلم الا من يعلم الجميع انه يسد مسده ، ويقوم مقامه ، لاسيما ولم يفرق في المسلمين مالا ولا استعان على الصحابة بفترة ورجال ، وهو الحاكم في

(١) من مختصر التاريخ للكاظمي ، ص ٦١ .
(٢) القعد قريب من الجد الاكبر ، وكذلك قعد ، والقعد والقعد املك القرابة في النسب ، والقعد القربى والميراث ، القعد هو اقرب القرابة الى الميت . (لسان العرب) .

اهل الردة بما حكم والقائل في مسيلمة الكذاب ما قال حين ذكر له كلامه
وقرآنه فقال : والله ما خرج هذا من نبي قط ، ففرق عند سماع ما سمع
بين ما هو كلام الله أو كلام مخلوق وجاءته جدة تطلب حقها من الميراث
فقال لا اجد لها في كتاب الله حقا •

وهذا قول لا يجوز ان يقوله الا من كان اعلم الناس بالقرآن ومعانيه حتى
قطع انه لا يجد فيه لها شيئا في الوقت والحال من غير فكر ، الا انه قد تحقق
ذلك بالحفظ فلما شهد المغيرة بن شعبة وعبدالرحمن بن عوف ان النبي
صلى الله عليه وسلم اعطى الجدة السدس من ميراث ابن ابنها قضى بقولهما
ورجع الى روايتهما ، وسلم لما سمع الرواية عمن يجب قبول قوله في
الاحكام •

٨٦١٨ - ولي الخلافة وهو ابن ستين سنة وشهورا وفي يوم وفاة النبي
صلى الله عليه وسلم بويح وهو القائل للانصار :

يا معاشر الاوس والخزرج •

اما علمتم انا معاشر قريش اكرم العرب انسابا واثبتها احسابا ،
وانا نزلنا من احيائها وموتاهها منزلة الواسطة من القلادة ، وان العرب
جيبت عنا كما جيبت الرحا عن القطب ، وانا عترة^(١) النبي صلى الله عليه

(١) في لسان العرب في مادة (عتر) •

عترة الرجل اقرباؤه من ولد وغيره ، وقيل هم قومه دنيا ، وقيل هم
رهطه وعشيرته الادنون من مضي منهم ومن غير ، وعنه قول أبي بكر (رض)
(نحن عترة رسول الله (ص) التي خرج منها ، وبيضته التي تفقأت عنه ،
وانما جيبت العرب عنا كما جيبت الرحى عن قطبها) •

قال ابن الاثير لانهم من قريش والعامة تظن انها ولد الرجل خاصة
وان عترة رسول (ص) ولد فاطمة (رض) هذا قول ابن سيده والى هذا ذهب
فريق من الشيعة وهم الذين حصروا الخلافة في أولاد علي من فاطمة (رض) •
اما قوله (جيبت العرب عنا) فيتضح مما ورد في لسان العرب في

←

وسلم واصله والبيضة التي تفقت عنه ، والخبر طويل • فسلموا ذلك له
بنظر واذعان واعتراف له بالتقدم والعلم والسن •

٨٦١٩ - وكان عمره يومئذ ستين سنة وشهرين • [ببيع له يوم
الاثنين ثاني عشر شهر ربيع الاول سنة احدى عشرة وهو اليوم الذي توفي
فيه رسول الله (ص)]^(١) •

وبقي له الامر ستان واربعة اشهر وعشرة ايام^(٢)
وقيل عاش ستين سنة وقيل ثلاثا وستين وقيل غير ذلك •
توفي في جمادي الآخرة سنة ثلاثة عشرة •

فصل

٨٦٢٠ - ومن ولاته من الكفاة^(*) عمر بن الخطاب رضي الله عنه ، كان
القاضي بالمدينة ينوب عنه^(٣) وعلى مكة عتاب بن أسيد وعلى الحراسة^(٤)

مادة (جوب) فقد جاء : جاب الشيء جوبا واجتابه خرقة ، وكل مجوف
قطعت وسطه فقد جيبته وجاب الصخرة جوبا نقبها ، وفي التنزيل العزيز
(وثمود الذين جابوا الصخر بالواد) قال الفراء : جابوا خرخوا الصخر
فاتخذوه بيوتا ونحو ذلك ، وفي حديث ابي بكر (رض) قال للانصار يوم
السقيفة ، انما جيبت العرب عنا كما جيبت الرحي عن قطبها اي خرقت
العرب عنا فكنا وسطا ، وكانت العرب حوالينا كالرحي وقطبها الذي تدور
عليه وانجاب عنه الظلام انشق • اهـ •

- (١) من مختصر التاريخ لابن الكازروني ، ص ٦١ •
(٢) في مختصر التاريخ لابن الكازروني (وثلاثة اشهر وتسعة ايام) •
(*) في نسخة تونس القضاة •
(٣) في مختصر التاريخ لابن الكازروني ص ٦٤ • وقاضيه عمر بن
الخطاب (رض) واقام سنة لم يختصم اليه احد • ، وفي تاريخ الرسل والملوك
للطبري (ج ٣ ص ٤٣٦) ، وقال عمر أنا اكفيك القضاء ، فمكث عمر سنة
لا يأتيه رجلان ، ويشير النباهي المألقي في كتابه تاريخ قضاة الاندلس (ص ٢٢)
الى تولية ابي بكر عمر بن الخطاب القضاء ويذكر المسعودي كذلك في التنبيه
والاشراف (ص ٢٤) ان عمر بن الخطاب كان قاضيا في عهد ابي بكر •
(٤) كذا يتبادر من قراءتها في النسخ المخطوطة من روضة القضاة

ابو عبيدة بن الجراح وعلى الطائف عثمان بن ابي العاصي وعلى صنعا
 المهاجر بن امية وعلى حضرموت زياد بن لييد (*) وعلى زيد (١) ور مع (٢)
 ابو موسى الاشعري وعلى الجند (٣) معاذ بن جبل وعلى البحرين العلاء بن
 الحضرمي (٤) وعلى نجران جرير بن عبدالله ثم عمرو بن العاص امره وبه
 نحو فلسطين ويزيد بن ابي سفيان وشرحيل بن حسنة وخالد بن الوليد (٥)
 وعلقمة بن عبدالله ومعاوية بن ابي سفيان واسامة (٦) بن زيد وهذه جملة من

→

ولو عدنا الى تاريخ الرسل والملوك للطبري (٤٢٦/٣) لوجدنا فيه ما يمكن
 معه تصويب هذه العبارة فقد جاء فيه (ولما ولي ابو بكر قال له ابو عبيدة :
 انا اكفيك المال ، يعني الجزاء ، اي جمع جزية .
 (٣) في نسخة تونس : زياد بن ابيه .

(١) زبيد بلد باليمن معروف (معجم ما استعجم ج ٢ ص ٦٩٤) .

(٢) تقراء رافع ولم اجد في معجم ما استعجم لفظة رافع وانما ورد
 فيه (ج ٢ ص ٦٢٦) رادع فاعل قصر من قصور اليمن ، وهي المحافد عندهم
 وفيه (٢/٦٢٥) رابغ موضع بنجد ورابغ موضع بين المدينة والجبلة ، وهو
 من مر ومر منازل خزاعة .

وبعد الرجوع الى تاريخ الرسل والملوك للطبري (٤٢٧/٣) وجدت ان
 من عمال ابي بكر (على زبيد ور مع ابو موسى الاشعري) وفي معجم ما استعجم
 (٢/٦٧٤) ر مع ارض باليمن قبل زبيد ، وهي من المخاليف التي تعظم
 اعنابها ، حتى لا يحمل الرجل الجلد منها اكثر من عنقود واحد ، وتنسج
 في رمع البرود الجياد .

(٣) كذا وفي معجم ما استعجم جند جبل باليمن وفي اسد الغابة
 (٤/٣٧٧) ان رسول الله (ص) ارسل معاذ بن جبل الى اليمن فلم يزل بها
 حتى توفي رسول الله (ص) .

(٤) ترجمته في اسد الغابة (٤/٧) وفيها انه من حضرموت حليف
 حرب بن امية ، ولاء النبي (ص) البحرين ، وتوفي النبي (ص) وهو عليها
 فاقره ابو بكر خلافته كلها ثم اقره عمر وتوفي في خلافة عمر سنة اربع
 عشرة وقيل توفي سنة احد وعشرين والياً على البحرين .

(٥) في نسخة تونس : خالد بن سعيد .

(٦) في نسخة تونس : اسامة بن سعيد .

فصل

عمر بن الخطاب

٨٦٢١ - نص على امير المؤمنين عمر بن الخطاب بن نوفل بن عبد العزي ابن رباح بن عبد الله بن قرط بن رباح بن عدي بن كعب ، وكعب يجمع النبي صلى الله عليه وسلم و ابا بكر وعمر قيل انه ولي وله اثنان وخمسون سنة وشهور .

- ولم يختلف عليه اثنان ولا شهير في وجهه سيف .
- وهو الذي صلى على ابي بكر ودفنه رضى الله عنهما .
- و امه حنمة بنت هشام بن المغيرة [المخزومي]^(٢) .

٨٦٢٢ - فقام بالامر احسن قيام ، ونظمه احسن نظام ، وفتحت الدنيا على يديه وظهر الاسلام في وقته ، ومضت دولة الفرس على يديه ، ودون الدواوين ووضع الخراج وطبق طبقات اهل الذمة والبسهم الغيار^(٣) .

(١) لم يذكر السمناني في هذا الموضوع اسماء ولاية آخرين ولاهم ابو بكر اعمال بلاد اخرى وتتمة لذلك رجعنا الى تاريخ الرسل والملوك (٤٢٧/٣) فوجدناه يذكر ما يلي : (وعلى خولان يعلي بن امية) .

- (وبعث بعبد الله بن تور احد بني الفوث الى ناحية جرش) .
- (وبعث عياض بن غنم الفهري الى دومة الجندل) .
- (٢) من مختصر التاريخ لابن الكازروني (ص ٦٥) .

(٣) كذا ايضا في نسخة تونس والغيار في اللغة والغيرة بالكسر الميرة وقد غارهم يغيرهم وغارلهم اي مارهم ونفعهم وغارهم الله بخير ومطر يغيرهم غيرا وغيارا ويغورهم اصابهم بمطر وخيصب والاسم الغيرة ، كذا في لسان العرب ، فقول السمناني البسهم الغيار لا وجه له ولعله اراد البسهم الزنار فصحف النساخون عبارته . او لعل العبارة مصحفة من الزمهم الغيار الى الميرة أي ضيافه من يمر بهم من المسلمين مدة معينة . او لعل المقصود بها حديث ابن مسعود حين اقترح على عمر ان يغير القواد بالدية اذا غنى بعض اولياء القتيل دون بعض (لسان العرب ٣٤٧/٦) .

٨٦٢٣ - وهو القائل في اول خطبة خطبها :

ان الحجاز ليست لكم بدار الا على النجعة^(١) ، ولا يقوى عليه اهله
الا بذلك ، اين الطراء^(٢) المهاجرون عن موعود الله ! سيروا في الارض التي
وعدكم الله ان يورثكموها فانه قال تعالى :

« ليظهره على الدين كله » والله مظهر دينه ومعز ناصره ، ومولي اهله
مواريث الامم اين عباد الله الصالحون^(٣) ؟
حتى ابتدر اليه ابو عبيد بن مسعود^(٤) .

(١) النجعة طلب الكلاء والعرف .

(٢) الطراء ههنا ينبغي ان تكون جمع طرير وفي اللغة رجل طرير
ذو طرة وهيئة حسنة وجمال وقيل هو المستقبل الشباب . ابن شميل
رجل طرير وما اطره اي ما اجمله وما كان طريرا وقد طر ، ويقال رأيت
شيخا جميلا طريرا وقوم طرار بينوا الطرارة ، والطرير ذو الرواء والمنظر ،
وسنان طرير ومطرور محدد (لسان العرب) .

(٣) نص هذه الخطبة في تاريخ الطبري المسمى بتاريخ الرسل والملوك
(٤٤٥/٣) وفيه ايضا ان اول منطق نطق به حين استخلف انما مثل العرب
مثل جمل أنف اتبع قائده فلينظر قائده حيث يقود ، واما انا فورب الكعبة
لاحملنهم على الطريق (٤٣٣/٣) منه) .

(٤) أبو عبيد بن مسعود عمرو بن عمير بن عوف بن عقدة بن غيرة
بن ثقيف الثقفي والد المختار بن ابي عبيد ، ووالد صفية امرأة عبدالله بن
عمر ، اسلم في عهد رسول الله (ص) ثم ان عمر بن الخطاب (رض) استعمله
ثلاث سنين وسيّره الى العراق في جيش كثيف منهم جماعة من اهل بدر
واليه ينسب الجسر المعروف بجسر ابي عبيد ، وانما نسب اليه لانه كان
أمير الجيش في الوقعة التي كانت عند الجسر ، فقتل ابو عبيد ذلك اليوم
شهيدا وكانت الوقعة بين الحيرة والقادسية وتعرف الوقعة ايضا بيوم قس
الناطف ويوم المروحة .

وكان أمير الفرس مردانشاه بن بهمن .
وكانوا جمعا كثيرا فاقتلوا وضرب أبو عبيد ململة فيل كان مع الفرس .

←

وسعد بن عبيد [الاضاري حليف بني فزارة]^(١) .
وسليط بن قيس^(٢) .

٨٦٢٤ - وله في القضاء كتب ليس لاحد مثلها ولا اجمع منها ولا ادل على علمه منها^(٣) ، فمن ذلك كتابه الى ابي موسى الاشعري وقد تقدم في هذا الكتاب ، ونحن نبيده حتى تنفى من لا يذكره عن طلبه^(٤) .
ذكر الوليد بن معد ان عمر بن الخطاب كتب الى ابي موسى الاشعري ،
« اما بعد »

واستشهد ابو عبيد واستشهد معه من الناس الف وثمانمائة وحمى المثني بن حارثة الشيباني الناس حتى نصب الجسر فعبر من سلم عليه (اسد الغابة ٢٤٨/٥ - ٢٤٩) .

وفي تاريخ الرسل والملوك (٤٤٥/٣) تعليل توليه الخليفة عمر بن الخطاب اياه قيادة الجيش الذي بعث به الى العراق وتقديمه على المهاجرين والانصار حيث قال رداً على من اقترح تولية قائد من المهاجرين والانصار :
اولى بالرياسة منكم من سبق الى الدفع واجاب الى الدعاء ! والله لا اؤمر عليكم الا اولهم ابتداء ، ومع ذلك فقد اوصى قائده بان يتخذ من المهاجرين والانصار مجلساً حربياً له واصدر اليه تعليماته الحربية قائلاً اسمع من اصحاب النبي (ص) واشركهم في الامر ولا تجتهد مسرعاً حتى تتبين ، فانها الحرب والحرب لا يصلحها الا الرجل المكث الذي يعرف الفرصة والكف (٤٤٥/٣ منه) .

(١) الزيادة من تاريخ الرسل والملوك (٤٤٢/٣) وفيه ان سعد بن عبيد هرب يوم الجسر فكانت الوجوه تعرض عليه بعد ذلك فيأبى الا العراق ويقول ان الله عز وجل اعتد علي فيها بغرة ، فلعنه ان يرد على فيها كرامة .
(٢) في سليط بن قيس قال عمر بن الخطاب (رض) (٤٤٥/٣) من تاريخ الرسل والملوك () انه لم يمنعي ان اؤمر سليطاً الا سرعته الى الحرب ، وفي التسرع الى الحرب ضياع الا عن بيان .

(٣) يراجع نص كتابه في القضاء وتعليقنا عليه في كتاب نصوص قانونية وشرعية (ص ١٩٣ - ١٩٦) من الطبعة الثانية ويراجع كتاب اعلام الموقعين .

(٤) في نسخة تونس : وقد تقدم في هذا الكتاب فلا فائدة لاعادته هنا .

فإن القضاء فريضة محكمة وسنة متبعة ، فافهم إذا ادلى اليك بحجة ،
وانفذ الحق إذا وضع فإنه لا ينفع تكلم بحق لا نفاذ له ، آس بين الناس في
وجهك ومجلسك وعدلك حتى لا يئأس الضعيف من عدلك ولا يطعم
الشريف في حيفك •

النية على من ادعى ، واليمين على من انكر •
والصلح جائز بين المسلمين إلا صلح حرم حلالاً أو أحل حراماً
ولا يمنعك قضاء قضيتَه فراجعت فيه نفسك ، وهديت فيه لرشدك أن تراجع
فيه الحق فإن الحق قديم ، فلا تبطل الحق ، ومراجعة الحق خير من
التمادي في الباطل •

الفهم الفهم فيما يختلج في صدرك مما ليس في كتاب الله ، ولا سنة
النبي (ص) •

ثم اعرِف الاشياء والامثال فقس الامور عند ذلك فاعمل باقربها الى
الله واشبهها بالحق واجعل لمن يطلب حقاً غائباً أو شاهداً امداً ينتهي اليه ،
فإن احضر بينة اخذت له بحقه أو لا وجهت القضاء عليه فإنه ابْلغ في العذر
واجلي للمعى •

المسلمون عدول بعضهم على بعض إلا مجلوداً في حد أو مجرباً في
شهادة زور أو ظنيماً في ولاء أو قرابة فإن الله تعالى تولى منكم السرائر ودراء
عنكم بالبينات والايمان واياك والفضب والقلق والضجر والتأذي بالناس •

واسكن عند الخصومة فإن القضاء في مواطن الحق يوجب الله به
الأجر ويحسن به الذكر ومن خلصت نيته في الحق ولم يشن لها على نفسه
رأف الله به ، ومن تزين بما يعلم الله انه ليس في قلبه شأنه الله به ، فما ظنك
بشواب الله تعالى مع عاجل رزقه وخزائن رحمته ، والسلام عليك •

٨٦٣٥ - وهذا الكلام لا يصدر إلا من رجل من اهل الاجتهاد ، لانه
قد جمع فيه من مواضع الاجتهاد والحكم ما لو اراد كل فقيه في الارض

ان يقول مثله لما قدر عليه مع قلة حجمه وبيان الفاظه ومعانيه •

مقتله

٨٦٢٦ - وقتل يوم الاربعاء لاربع بقين من ذي الحجة سنة ثلاث وعشرين بعد ما عاد من الحج وهو ابن ثلاث وستين سنة وفيه خلاف . وقيل قتل ثلاث بقين ، وكانت خلافته عشرة سنين وستة اشهر واربعة ايام •
وقيل سبعة عشر يوماً ، وبقي مجروحاً ثلاثاً ثم مات •

فصل

نوابه في البلاد

٨٦٢٧ - ومن جملة اصحابه ونوابه في البلاد والاحكام عبدالله بن مسعود وابو عبدالرحمن بن عاقل (؟) بن خليف^(١) بدري ولاء قضاء الكوفة هو العالم العظيم الشأن وله كل عجب في الفقه توفي سنة اثنين وثلاثين بالمدينة ، وله تسع وسبعون سنة في خلافة عثمان بن عفان •
٨٦٢٨ - وقضاء عمر فكثير (*) لاتساع البلاد وانتشار الدعوة ، وذكر

(١) ورد هذا الاسم في روضة السمناني مشوها على النحو المذكور وانما هو عبدالله بن خلف الخزاعي ابو طلحة الطلحات ، قال ابن عبد البر في الاستيعاب (ص ٨٩٥) انه كان كاتباً لعمر بن الخطاب (رض) على ديوان البصرة لا اعلم له صحبة وفي ذلك نظر (وهذا لا يتعارض مع ما ذكره السمناني من ان عمر بن الخطاب (رض) ولاء قضاء الكوفة لان التوفيق بين الولايتين ممكن اذا ما قيل بانه تولى الولايتين على التعاقب •
(*) في التنبيه والاشراف للمسعودي عند ذكره خلافة عمر ان (قاضيه امية شريح بن الحارث بن قيس ، وقيل ان اول من قضى لعمر بالعراق سليمان بن ربيعة الباهلي) • وبعد ذلك السائب بن يزيد بن اخت النمر الكندي (ص ٢٥٣) ، والقاضي بمصر قيس بن ابي العاصي السهمي ثم كعب بن يسار • وفي تاريخ الرسل والملوك (١٨٩/٢) ، وجعل (عمر) على قضا الناس عبدالرحمن بن ربيعة الباهلي ذا النور ، وجعل اليه الاقباض وقسمه الفراء ، وجعل داعيتهم ورائدهم سلمان الفارسي •

كل من ولي فلا يمكن لانه يحتاج الى كتاب اكبر من هذا الكتاب غير ان
منهم علي^(١) وزيد بن ثابت^(٢) رحمه الله .

(١) في تاريخ الرسل والملوك للطبري (٤٧٩/٣) ، وكان عامل عمر
في هذه السنة (سنة ١٣هـ) علي بن ابي طالب .

(٢) وردت ترجمة زيد بن ثابت بن الضحاك الانصاري الخزرجي ثم
البخاري في اسد الغابة (٢٢١/٢ - ٢٢٣) ، انه انه كان يكتب لرسول
الله (ص) الوحي وغيره وانه تعلم السريانية بأمرة . وفي مختصر التاريخ
لابن الكازروني (ص ٦٩) ان زيد بن ثابت كان من كتاب عمر ، وان زيد بن
ارقم كان على بيت المال لعمر بن الخطاب (رض) وان قضائه هم زيد بن
اخذ النمر بالمدينة وابو امية شريح بن الحارث الكندي بالكوفة وفي هذا
المرجع ايضا ، يقال ان شريحا هذا اقام قاضيا خمسا وسبعين سنة الى ايام
الحجاج فمطل منها ثلاث سنين وامتنع من الحكم وذلك في فتنة ابن الزبير
ولما تولى الحجاج استعفاه فاعفاه ، وتوفي سنة تسع وسبعين وله مائة
وعشرون سنة . وجاء في تاريخ الرسل والملوك للطبري (٢٤١/٤) .

قبل كان علي قضاء الكوفة في السنة التي توفي فيها عمر بن الخطاب
(رض) شريح ، وعلى البصرة كعب بن سور .

واما مصعب بن عبد الله فانه ذكر ان مالك بن انس روى عن ابن شهاب
ان ابا بكر وعمر (رض) لم يكن لهما قاض .

وهكذا نجد ان الروايات مختلفة في صدد تولية القضاء في زمن ابي بكر
وعمر ويستفاد مما ذكره السمناني ان مرد هذا الاضطراب في الروايات
ان القضاء يومئذ لم يكن وظيفة مستقلة ولا خطة متميزة من وظائف الدولة
الاسلامية وخططها وانه بموجب اعراف التنظيم الحربي لجيوش الفتح في
ذلك العهد كان امراء الجيوش يضطلعون بالحكم في المنازعات الشخصية بين
المجاهدين فكان كل امير من امراء جيوش الفتح قائدا وقاضيا . والظاهر
ان الخلفاء عينوا في الاقاليم المفتوحة قضاة ولكن خطة القضاء لم تكن مستقلة
يومئذ فكان القاضي يضطلع بمهمة تعليم المسلمين في المعسكرات الجديدة
(الامصار) شؤون الدين والقضاء في المنازعات كما كان التحكيم الاختياري
بين افراد القبائل يقوم بقسط من مهمة القضاء ، واما قول من قال بان

←

فصل

أصحاب الشورى

٨٦٢٩ - ثم نص على ستة أنفس من المهاجرين عثمان وعلي وطلحة والزبير وسعد [بن أبي وقاص]^(١) وعبدالرحمن بن عوف ، وكسنت الشورى ثلاثة أيام فاختار عبدالرحمن عثمان رضى الله عنهما ، ورضى بذلك الجماعة ، ووقع الرضا من جميع الناس به .

خلافة عثمان بن عفان ذي النورين

نسب عثمان

٨٦٣٠ - وهو ابو عمرو وقيل ابو عبدالله عثمان بن عفان بن ابي العاص بن امية بن عبد شمس بن عبد مناف ، يجتمع هو والنبي (ص) في عبد مناف ، ويجتمع مع النبي (ص) من جهة الام في عبدالمطلب ، جدته اروى بنت عبدالمطلب^(٢) ، وهي وعبدالله ابو النبي صلى الله عليه وسلم ولدا في حمل واحد^(٣) .

سيرته

٨٦٣١ - وله مفاخر ، وكان يحفظ القرآن ، وصلى به في ركعة واحدة ، وله في القضاء حكايات واخبار ، وهو صهر رسول الله صلى الله عليه وسلم

→

الخليفتين لم يكن لهما قاض فيمكن حمله على انه لم يكن لهما في المدينة قاض يكفيهم النظر في المنازعات لان الخلفاء كانوا يضطلعون بذلك بأنفسهم كما كان التحكيم يحسم كثيرا من المنازعات البسيطة .

(١) من مختصر التاريخ لابن الكازروني (ص ٧٠)

(٢) كذا في مختصر التاريخ لابن الكازروني (ص ٧١) ان « امه اردى بنت كريب بن ربيعة بن حبيب بن عبد شمس ، وامها البيضاء عمه رسول الله (ص) » .

على ابتيته ، وكلامه في الاعتذار فيما قذف به لا يحسن احد من العلماء ان
يجيب باحسن منه •

٨٦٣٢ - وقتل يوم الجمعة قيل لثمان عشرة ليلة مضت من ذي الحجة
سنة خمس وثلاثين وهو ابن سبعين سنة وقيل له نيف وثمانون سنة •
٨٦٣٣ - واتفقوا انه ولي سنة اربع وعشرين سنة ، وقد قيل انه
كان عمره اثنين [و] ثمانين سنة وبقي له الامر احد عشرة سنة واحد عشر
شهرًا وتسعة عشر يومًا •

[كاتبه مروان بن الحكم •

وقاضيه كعب بن سُرور وعثمان بن قيس بن ابي العاص •
واما اميره بمصر فاخوه من الرضاة عبدالله بن سعد بن ابي سرح •
وحاجبه حُمران مولاه •
وصاحب شرطته فعبده الله بن قنفذ التميمي وهو اول من اتخذ شرطة [•

فصل

علي بن أبي طالب

٨٦٣٤ - ثم ولي بعده الأمر ابو الحسن علي بن ابي طالب بن
[عبد مناف بن]^(٢) عبدالمطلب امير المؤمنين رضي الله عنه •
يجتمع هو والنبي (ص) في عبدالمطلب وهو اقرب الخلفاء اليه من
الآباء ، وامه فاطمة بنت اسد بن عبد المزي^(٣) بن هاشم ، أول هاشمية ولدت
هاشميا •

(١) من مختصر التاريخ لابن الكازروني ، ص ٧٣ ، ومع ذلك فقد جاء
في التنبية والاشراف للمسعودي (ص ٢٥٤) « قال محمد بن يحيى ابو غسان :
لم اسمع احداً من اهل العلم يذكر ان عثمان استقضى احداً حتى مات ،
وفيه ايضا قال يونس عن الزهري ما اتخذ رسول الله (ص) قاضيا ولا
ابو بكر ولا عمر •

(٢) مختصر التاريخ لابن الكازروني ، ص ٧٥ •
(٣) في مختصر التاريخ (ص ٧٥) اسد بن هاشم •

بيعته

٨٦٣٥ - بويغ في ذي الحجة سنة خمس وثلاثين وهو ابن ثلاث وخمسين سنة وثلاثة اشهر ، وجرح صبيحة يوم الجمعة السابع عشر من شهر رمضان ، وفارق الدنيا يوم الاحد التاسع عشر من سنة اربعين وكانت ولايته خمس سنين الا ثلاثة اشهر قتله ابن ملجم المرادي وفيه يقول النبي (ص) اشقى الاولين من قتل ناقة صالح ، واشقى الاولين والآخرين من خضب هذه من هذه .

وقيل قتل وله ثمان وخمسون سنة .

وقيل خمس وستون .

وقيل ستون سنة .

كل هذا قد روى فيه .

٨٦٣٦ - وهو الذي ولاه النبي (ص) قضاء اليمن في حياته ، وقال فيه افضاكم علي وولي القضاء في زمن عمر ، وكان يشاوره فيما يمضيه من الاحكام ، ويرجع الى فتواه وانما كثر علمه لطول زمانه بعد الخلفاء وانتشرت قضاياه .

قضائه

٨٦٣٧ - وله عدة قضاة ، منهم من هو من قضاة من كان قبله ، ومنهم من ولاه هو القضاء وتذكر منهم عددا من الصحابة والتابعين ، فمنهم ابن عباس أبو العباس (١) .

(١) كان ابن عباس قاضيا لعلي علي ما ذكره السمعاني اما ابن الكازروني فلم يذكر ابن عباس قاضيا ولا واليا لعلي ، فقد اكتفى بالقول بان قاضي علي كان شريح بن الحارث (مختصر التاريخ له . ص ٧٧) .

- وشريح [بن الحارث بن قيس]^(١) .
- والخلق الكثير من الناس .

الحسن بن علي

- ٨٦٣٨ - ثم ولي الامر بعده ابنه ابو محمد الحسن سبط النبي (ص)
- بايعه اهل العراق وكان اشبه الناس برسول الله (ص) .
- وله مع معاوية اخبار ومكاتبات وحكم وقضا ، وقتل ابن ملجم وقام بالامر ، وله خطب وكلام بليغ وسلم الامر الى معاوية بعد اربعة اشهر ثم اعتزل ، وقيل ستة اشهر وثلاثة ايام ، وانكفاً الى المدينة ، وكان يأخذ من معاوية كل سنة أربعين ألف درهم ، سوى الصلات ، وتوفى سنة خمسين^(٢) بالمدينة وهو ابن ثمان واربعين سنة^(٣) وقيل تسع واربعين وصلى عليه سعيد ابن العاص وكان امير المدينة .
- [قاضيه قاضي ابيه وكذا كاتبه]^(٤) .

(١) لم يذكر المسعودي في التنبيه والاشراف من قضاة علي غير شريح (ص ٢٥٨ منه) وشريح كان على القضاء منذ عهد عمر فأقره علي عليه ، واستمر على القضاء في الفترة التي بويع فيها للحسن (ايضاً ص ٢٦١) .

وفي المعارف لابن قتيبة (ص ٤٣٣ - ٤٣٤) ترجمة اوفى لشريح فيها انه شريح بن الحارث الكندي ، استقضاه عمر على الكوفة ، ولم يزل بعد ذلك قاضياً خمسا وسبعين سنة ، لم يتعطل فيها الا ثلاث سنين امتنع فيها من القضاء في فتنة ابن الزبير فاستعفى شريح الحجاج من القضاء فاعفاه فلم يقض على الناس حتى مات سنة تسع وسبعين ويقال سنة ثمانين ، وكان يكنى ابا امية ، وعُمر مائة وعشرين سنة ، وكان مزاحاً الخ .

وانظر جوامع السيرة لابن حزم (ص ٣٢٩) وقد ذكره بين اهل الكوفة بعد الصحابة .

- (٢) في مختصر التاريخ لابن الكازروني (ص ٨٠) سنة تسع واربعين .
- (٣) في مختصر ابن الكاثير روني ايضاً : « وله سبع واربعون سنة على خلاف في ذلك » .
- (٤) من مختصر ابن الكازروني (ص ٨٠) .

الدولة الأموية

معاوية بن صخر

٨٦٣٩ - ثم ولي ابو عبدالرحمن معاوية بن [ابي سفيان]^(١) صخر ابن حرب بن امية بن عبد شمس بن عبد مناف ، ويجتمع مع النبي (ص) في عبد مناف من جهة ابيه ومن جهة امه لانها هند بنت عتبة بن ربيعة بن عبد شمس بن عبد مناف .

سيرته

٨٦٤٠ - وهو الذي قام بالجمع يوم صفين ، وما جرى له من الأمور ليس هذا محل لذكره . بايع له اهل الشام في زمن علي بن ابي طالب (رض) واجتمع الناس عليه في جمادى الاولى سنة احدى واربعين .
٨٦٤١ - وتوفى بدمشق في رجب سنة ستين وقد ناهر الثمانين ، وبقي في الامر تسع عشرة سنة وثلاثة اشهر ، وقيل عشرين يوما ، وكان عظيما حلما يقول الشعر ثم تركه .
٨٦٤٢ - وكان يتولى القضاء والحكم بنفسه وله جماعة على البلاد في الاحكام .

منهم عمرو بن العاص بمصر أمير مصر الى ان توفى في ليلة الفطر من سنة ثلاث واربعين وولى عوضه اخاه عتبة بن ابي سفيان ثم مات فولى عوضه عتبة بن عامر الجهني ثم صرفه وولى عوضه مسلمة بن مخلد الانصاري .
واما قضاته ففضالة بن عبيد الانصاري ، وعلى مصر سليمان بن عذر الانصاري عشرين سنة الى ان مات معاوية^(٢) .

(١) ايضا (ص ٨١) .

(٢) من مختصر التاريخ لابن الكازروني (ص ٨١ - ٨٢) وقد اضطررنا الى تكملة الروضة بما ورد في سائر المراجع . نظرا لاقتضاب ما ذكره السمناني فيها بعد ذكره عمرو بن العاص : (ومروان بن) وهي جملة ناقصة واقتضاب مشوه من فعل النساخين على ما يظهر . وفي نسخة تونس : ومروان بالمدينة .

٨٦٤٣ - وهو الذي مهد الدولة الاموية وبنى اسما ، وهو اعظم من شوهدها فيها .

٨٦٤٤ - ووفد عليه من بقى من الصحابة (رض) بالمدينة والعراق كقيس بن سعد وعبدالله بن جعفر وسائر آل أبي طالب وكان متوصلا الى اغراضه فاستخلف ابنه خالد يزيد بن معاوية ثم نظر بالنص عليه بعده .
يزيد بن معاوية

٨٦٤٥ - وبايع الناس له في شهر ربيع الآخر سنة احدى وستين وتوفى لاربع عشرة ليلة من شهر ربيع الاول سنة اربع وستين ، وبقي له الامر هذه المدة (١) .

بيعة الحسين

٨٦٤٦ - وفي وقته بايع اهل العراق ابا عبدالله الحسين بن علي بن ابي طالب (رض) سبط الرسول عليه الصلاة والسلام ولم يستكمل له الامر ولا تمكن من النظر والولاية .
وقتل [بالطف] (٢) يوم السبت عاشر المحرم سنة احدى وستين وله

→

هذا وقد جاء في تاريخ قضاة الاندلس للنباهي (ص ٢٤) ان معاوية لما افضى الامر اليه « جرى بجهده على سنن من تقدمه من ملاحظة القضاة ، وبقي الرسم على حذو ترتيبه زمانا ثم فتر في ايام يزيد بن عبد الملك وابنه الوليد الى ان ظهر بنو العباس فظفروا بالملك فاشتدوا في شأن القضاة وتخيروا للاعمال الشرعية اصدق العلماء » .

وجاء في التنبيه والاشراف للمسعودي (ص ٢٦٢) ان فضالة بن عبيد الانصاري كان على قضاء معاوية .

(١) لم يذكر السمناني قضاة يزيد وقد جاء في مختصر التاريخ لابن الكازروني (ص ٨٤) ، والتنبيه والاشراف (ص ٢٦٥) ان قاضيه هو ابو ادريس الخولاني ، وفي مختصر التاريخ (ص ٨٤) ايضا ان قاضيه على مصر سعيد بن يزيد الازدي وان اميره على مصر مسلمة بن مخلد ، ثم توفي فولى عوضه سعيد بن يزيد الازدي .

(٢) من مختصر التاريخ لابن الكازروني ، ص ٨٣ .

- تسع وخمسون سنة وثلاثة اشهر وثلاثة ايام
- وقتل معه جماعة من ولده
- وهو وعثمان سبب بوار العالم الى آخر الزمان

فصل

معاوية بن يزيد

٨٦٤٧ - ثم ولي الامر بعد يزيد معاوية ابنه [وهو] ابو ليلى ويقال ابو عبدالرحمن ، بقى له الامر ثلاثة اشهر واثنان وعشرون يوما وقتل اربعون يوما •

فصل

ثورة الزبيريين

عبدالله بن الزبير

٨٦٤٨ - وممن ملك الأمر وبويع له في ايام يزيد وابنه ، ابو بكر عبدالله بن الزبير بن العوام اول مولود ولد بعد الهجرة بالمدينة •
وحج بالناس سنة ستين ولم يكن بويع له ، ثم حج سنة احدى وستين •
وبويع له بعد موت معاوية بن يزيد^(١) واستولى على الحجاز وبقي في الامر يحكم وبمضى الى جمادى الآخرة سنة ثلاث وسبعين •
وقتله الحجاج يوم الثلاثاء لخمس بقين من جمادى الآخرة سنة ثلاث وسبعين وعاش بعد عبدالله بن العباس في رواية خمس سنين ، وفي اخرى ثلاث سنين •

(١) في مختصر التاريخ لابن الكاذروني (ص ٨٦) بويع له بمكة لسبع ليال بقين من رجب سنة اربع وستين ، بعد ان اقام الناس بغير خليفة جماديين واياما من رجب ، وبايعه اهل العراق • وولى اخاه مصعبا البصرة •
وولى عبدالله بن مطيع الكوفة ، فوثب المختار على الكوفة فاخذها ، ووجه ابن سميطة الى البصرة فقتله مصعب وسار الى المختار فقتله في سنة سبع وستين •

[وقاضيه عابس بن سعيد ، وكاتبه رميل بن عمر ، وكان اميره على مصر عبدالرحمن بن عتبة بن جحدم] (١) •

فصل

مروان بن الحكم

٨٦٤٨ - ثم بويع ابو عبد الملك مروان بن الحكم بن ابي العاص بن امية بن عبد شمس بن عبد مناف في ذي القعدة وقيل في رجب سنة اربع وستين ، وبقي في الامر الى مستهل شهر رمضان سنة خمس وستين ، فمن الناس من قال بقي في الامر سنة وشهرا وعشرين يوما وقيل تسعة اشهر . وفي وقته خرج الضحاك بن قيس ابو انيس ودعا الى نفسه ، وقتله مروان بمرج راهط سنة اربع وستين •
[وقاضيه ابو ادريس الخولاني] (٢) •

فصل

عبد الملك بن مروان

٨٦٤٩ - ثم ولي عبد الملك بن مروان بن الحكم ابو الوليد •
بويع ليلة الاحد في شهر رمضان سنة خمس وستين وبقي في الامر الى شوال سنة ست وثمانين •
وكان عظيما في الدولة يستعمل الكفاة والعظماء •
وفي وقته خلع المختار بن ابي عبيد بن الزبير وبايع ابا القاسم محمد

(١) من مختصر التاريخ لابن الكازروني (ص ٨٧) •
(٢) التنبيه والاشراف (ص ٢٦٩) ، ومختصر التاريخ لابن الكازروني (ص ٨٨) • وابو ادريس الخولاني من بني خولان بن عمرو بن مالك من سبأ (جمهرة انساب العرب لابن حزم ص ٣٩٣) ومن قضاء مروان عبدالله ابن الحارث بن نوفل بن الحارث بن عبدالمطلب ولاه مروان قضاء المدينة وهو اول من ولي القضاء بالمدينة ، وكان يشبه رسول الله (ص) (جمهرة انساب العرب لابن حزم ، ص ٦٣) •

ابن الحنفية ، وكان [عبد الملك] عظيماً علماً ، مات في شهر ربيع الاول ،
وهو ابن خمس وستين سنة ولم يستكمل امره .

وفي وقته خرج ابو امية عمرو بن سعيد بن العاص بن امية ، ادعى
ان مروان جعل اليه الخلافة ودعا الى نفسه ، وقتله عبد الملك ، ويعرف
بالاشدق ، وفي وقته خرج عبدالرحمن بن الاشعث وخلع عبد الملك بن
مروان في سنة احدى وثمانين ، وحاربه الحجاج بن يوسف وهزمه بدين
الجباجم ثم قتل بعد ذلك ، وكان عبد الملك بن مروان يرجع الى علم ونجاة
وفضل كبير ، وهو من اكابر بني امية ، وفي ايامه فتح موسى بن نصير كثيراً
من اعمال المغرب . وكان قاضيه ابو ادريس الخولاني وعبيد الله بن قيس .
وكان اميره على العراق الحجاج بن يوسف الثقفي وعلى مصر اخوه
عبدالعزيز بن مروان^(١) .

فصل

الوليد بن عبد الملك

٨٦٥ - ثم ولى بعده ابو العباس الوليد بن عبد الملك بن مروان بويح
له في النصف من شوال سنة ست وثمانين ، وتوفي يوم السبت لنصف من
جمادي الآخرة سنة ست وتسعين وبقي له الامر تسع سنين وثمانية اشهر .
وقيل سبعة اشهر وخمسة عشر يوماً ، وفي وقته مات الحجاج بن
يوسف .

وامه من بني حزن بن الحارث اسمها ولادة . وهو الذي بنى مسجد
دمشق وزاد فيه كيسة النصارى وهو أول من اتخذ المارستان للمرضى ودار
الضيافة وولى عمر بن عبدالعزيز المدينة فاقام واليها سبع سنين وخمسة
اشهر ، وشيد مسجد النبي . وفي ايامه فتح اخوه مسلمة الطوانة من بلاد

(١) مختصر التاريخ لابن الكازروني (ص ٨٩ و ٩٠) والتبصير
والاشراف ص ٢٧٣ .

الروم وبلاد الاندلس وطليطلة وفتح في ايامه عدة بلاد من السند^(١) .
[وقضاه عبالله بن عبدالرحمن وعياض بن عيالله وعبدالملك بن
رفاعة]^(٢) .

وسنذكر من عرف بالقضاء في دولتهم بعد الفراغ من ذكرهم .

فصل

سليمان بن عبد الملك

٨٦٥١ - ثم ولي بعده ابو ايوب سليمان بن عبد الملك ببيع له في يوم
توفي الوليد ، وهو نصف جمادى الآخرة سنة ست وتسعين ، وتوفي لعشر
بقي من صفر سنة تسع وتسعين وبقي له الامر سنتان وثمانية اشهر وخمسة
ايام ، وامه بنت العباس العباسية .

وله اخبار وحكايات في مدة نظره وليس القصد ذكر ذلك وانما هو
من جملة الحكام . قاضيه محمد بن حزم وكاتبه يزيد بن المهلب^(٣) .

فصل

عمر بن عبد العزيز

٨٦٥٢ - ثم ولي بعده أبو جعفر عمر بن عبدالعزيز بن [مروان
ابن الحكم] .

استخلف في صفر سنة تسع وتسعين ، وتوفي لخمس بقين من رجب
سنة احدى ومائة وبقي له الامر سنتان وخمسة أشهر وأربعة أيام .
وهو الخليفة العابد الزاهد العالم الكامل ، وله الفقه والاقوال الماثورة ،
وقد مر في هذا الكتاب قوله في مسائل الاجتهاد .

(١) ايضا (ص ٩٥) .

(٢) ايضا (ص ٩٦) وفيه : ابو جعفر .

(٣) ايضا (ص ٩٦) وفيه : كان اسمر نحيفا حسن الوجه ، يؤثر
دينه على دنياه . وكان عادلا يعود المرضى ، ويشيع الجنائز ويأخذ مال الله
من وجهه ويصرفه في حقه .

وامه ليلى ام عاصم بنت عاصم بن عمر بن الخطاب رضى الله عنهم •
وهكذا يذكر الصالحون بعدهم •

(كان اميره على مصر أيوب بن شرحبيل ، وقاضيه عبدالله بن سعيد
الايلى ، وأبو مسعود عبدالله بن يزيد وكاتبه رجاء بن حيوة الكندي وليث
بن ابي رقيه) •

فصل

يزيد بن عبد الملك

ثم ولى الامر بعده أبو خالد يزيد بن عبد الملك (بن مروان)
استخلف لخمس بقين من رجب سنة احدى ومائة •

وتوفى لخمس بقين من شعبان سنة خمس ومائة ، وبقي له الامر
أربع سنين وعشرة أيام وأمه عاتكة بنت يزيد بن معاوية •

وفي وقته خرج يزيد بن المهلب بن ابي صفرة ودعا الى نفسه وقال
انه القحطاني فقتله مسلمة بن عبد الملك في سنة اثنتين ومائة •

(كان اميره على مصر بشر بن صفوان ، وقاضيه أبو مسعود الأيلى
وعبدالرحمن بن الحسحاس وكاتبه عمر بن هيرة وابراهيم بن جبلة
واسامة بن يزيد) •

فصل

هشام بن عبد الملك

ثم ولى ابو الوليد هشام بن عبد الملك بن مروان استخلف في شهر
رمضان سنة خمس ومائة وتوفى لعشر خلون من ربيع الاول سنة خمس
وعشرين ومائة •

وكان نظره تسعة عشرة سنة وسبعة أشهر وعشرون يوما •

وامه عائشة بنت هشام بن اسماعيل بن هشام بن الوليد بن المغيرة •
وفي وقته ظهر أبو الحسين زيد بن علي بن الحسين بن علي بن
أبي طالب رضي الله عنهم (بالكوفة) ودعا الى نفسه فقتله يوسف بن
عمر الثقفي وصلبه واحرقه وذراه في الفرات وهو امام الزيدية وفيه اخبار
ترويه الشيعة ، وكان فقيها عالما له تبع وشيعة [وظهر دعاة بني العباس
بخراسان وكثر اتباعهم] •

وهشام قتل غيلان الشامي وامر بقلع أسنانه وكحله ، وله مصه
أخبار وحكايات في القول بالعدل والقدر •
وكان غيلان هذا من رؤساء المتكلمين •
(وقاضيه محمد بن صفوان الجمحي ويحيى بن ميمون الحضرمي
وسعيد بن ربيعة) •

فصل

الوليد بن يزيد

ثم ولى بعده أبو العباس الوليد بن يزيد بن عبد الملك بن مروان
ببيع له في شهر ربيع الاول سنة خمس وعشرين ومائة وقيل لليلتين
بقيتا من جمادي الآخرة ست وعشرين ومائة ، وبقي في الامر سنة وشهرين
وعشرين يوما •

وامه ام محمد بنت محمد بن يوسف اخي الحجاج ، وفي قتله وما
جرى عليه حكايات واخبار [كان اميره حفص بن الوليد الحضرمي وكان
قد أقر محمد بن صفوان الجمحي على القضاء وكان كاتبه العباس بن
مسلمة] •

فصل

يزيد بن الوليد

ثم ولى بعده أبو خالد يزيد بن الوليد بن عبد الملك [بن مروان]

ببيع له في مستهل رجب سنة ست وعشرين ومائة ، وبقي في الامر الى
ذي الحجة من السنة المذكورة وكانت مدته خمس أشهر وليلتين •
ولقب بالناقص لانه نقص الناس عطايهم التي اسرف فيها من قبله •
[كان أميره على مصر حفص بن الوليد وقاضيه عثمان بن عمر بن موسى
ابن معمر] •

فصل

ابراهيم بن الوليد

ثم ولي ابراهيم بن الوليد بن عبدالملك وكان قوم يسلمون عليه
بالخلافة وقوم يأبون ذلك حتى قدم مروان فخلع ابراهيم وقتل عبدالعزيز
ابن الحجاج وبقي في الامر سبعين ليلة والامر مضطرب جدا [كان قاضيه
عمر بن عثمان التميمي • وكانه دكين بن ابي السراح اللخمي] •

فصل

مروان بن محمد بن الحكم

ثم ولي أبو عبدالملك مروان بن محمد بن [مروان بن] الحكم وكانت
امه كردية يقال لها [لبابة] بيع له في شهر ربيع الاول سنة سبع وعشرين
ومائة وقيل يوم الاحد لثلاث بقين من ذي الحجة سنة اثنين وثلاثين ومائة ،
وبقي في الامر خمس سنين وعشرة أشهر وليلتين ، ومنه أخذت الدولة
وظهر بنو العباس •

وكان عظيما في نفسه شديد البأس صاحب رأي وشجاعة ، وكانه
عبد الحميد مثله وصاحب الجيش ابن ابي هيرة [وقاضيه عثمان التميمي
وأميره على مصر حفص بن الوليد ثم المغيرة بن عبيدالله] •

فهؤلاء خلفاء بني امية والحكام في الوقت وأئمة الصلاة •
وكان في عصرهم لاهل العلم تقدم وعطايا جسام •

وكان لهم قضاة كثيرون •

قضاة مكة وفقهاؤها

وفي وقتهم كل قاض يحتاج بفعله ويرجع الى قوله مثل عطاء بن ابي رباح العظيم قدره توفي سنة خمسين ومائة ، وعمرو بن دينار ، توفي سنة خمسة وعشرين ومائة •

وفضيل بن عياض ، توفي سنة سبع وثلاثين ومائة •

ومجاهد ، مولى عبدالله بن السائب العظيم شأنه الجليل قدره في العلم ، توفي سنة أربع وقيل اثنتين ومائة •
فهؤلاء بمكة •

قضاة المدينة وفقهاؤها

وبالمدينة :

جعفر بن محمد بن علي بن الحسين الصادق رحمه الله توفي في امرة بني العباس سنة ثمان واربعين ومائة •

وربيعة الراي استاذ مالك بن انس وفقه المدينة •

وزيد بن اسلم ، العالم المبرز •

والقاضي سعيد بن المسيب الفقيه الراوية الحافظ العالم الكبير توفي سنة اثنتين وتسعين وله محنة وأخبار مع الحجاج •
وشعبة مولى ابن العباس •

وعلي بن الحسين زين العابدين الصالح الورع الفقيه المتجرد مات سنة أربع وتسعين وقيل [سنة] اثنين وتسعين •
وعروة بن الزبير ، وله ست وعشرون [كذا] وتوفي في امارة الوليد له رواية وفقه •

وقيصة بن ذؤيب ، راوية زيد بن ثابت •
ومحمد بن مسلم الزهري استاذ مالك توفي سنة ثلاث أو أربع
وعشرين ومائة •

ومالك بن انس الفقيه والنجم في الحديث ولد سنة اثنين وثمانين
وتوفي سنة تسع وستين ومائة في الدولة العباسية •
فهؤلاء وجوه المدينة •

فصل

أهل الكوفة

ومن أهل الكوفة :

الاسود بن يزيد توفي سنة خمس وسبعين •
والاسود بن هلال النخعي ، صاحب ابي بكر وعمر ومعاذ وابن
مسعود •

وابراهيم بن يزيد النخعي عالم الكوفة واستاذ حماد والمتقدم في
الوقت توفي سنة خمس ومائة وقيل ست وتسعين •

وأحمد بن عبدالله بن يونس والحكم بن عتبة توفي سنة عشر ومائة •
والحسن بن صالح بن حنيفة الزيدية العالم الصالح ، توفي سنة
سبع وستين ومائة وكان عظيما •

وحمد ابي سليمان مولى الاشعريين استاذ ابي حنيفة توفي سنة
عشرين ومائة واليه الرحلة في الفقه •

وسعيد بن جبير الفقيه العالم قتله الحجاج سنة خمس وتسعين •
وأبو عمرو سعيد بن اياس الشيباني ادرك النبي صلى الله عليه وسلم
وكان له يوم القادسية أربعين سنة ، وعاش بعد ذلك ثمانين سنة •

وسليمان بن مهران الاعمش توفي سنة ثمان وأربعين ومائة أحد
الحفاظ وسويد بن غفلة توفي سنة ثمانين •

وسفيان الثوري توفي سنة احدى وستين ومائة •
وشريح بن الحارث [بن قيس من كبار التابعين] القاضي العالم
قاضي الائمة عمر وعثمان وعلي والحجاج بن يوسف وعاش مائة وعشرين
وكان صبوراً على الخصوم عفيفاً عالماً ورعاً ، واكثر ادب القضاء عنه يؤخذ •
وشقيق ابو وائل بن سلمة ادرك النبي (ص) وهو يرعى بهما
على اهله •

وشريك بن عبدالله الصدوق ولد سنة خمس وتسعين وولى من
جهة المنصور القضاء وكان فقيهاً عالماً •

وطلحة بن مُصَرِّف اليماني توفي سنة ثمان عشرة ومائة ، وعبدالله
ابن شبرمة الضبي توفي سنة أربع وأربعين ومائة وولى القضاء لابي جعفر
المنصور وله أخبار وحكايات ، روى عنه انه قال مرفلم (?) ولابى حنيفة
فلقنناه (كذا) ورفع رأسه يعني انه لم يدخل في القضاء حين دعاه
المنصور وعرض عليه القضاء •

وأبو حنيفة في رواية ابن كاس (ولد) سنة سبعين وفي رواية حماد
سنة ثمانين وتوفي سنة خمسين ومائة وهو صاحب المذهب اسمه النعمان بن
ثابت بن المرزبان والمرزبان صاحب راية علي بن أبي طالب يوم النهروان •
وعبدالرحمن ابن ابي ليلى الانصاري القاضي العالم المبرز ادرك مائة
وعشرين من الصحابة ، توفي سنة ثلاث وثمانين •

وعامر [بن شراحيل] الشعبي قضى لعمر بن عبدالعزيز وادرك
عشرة من الصحابة ، وكان العالم في الوقت المبرز فيه ، توفي سنة
أربع ومائة •

وعلقمه بن قيس النخعي توفي سنة اثنين وستين •
وعلقمة بن [قيس بن] يزيد سراج الكوفة •
ومحمد بن عبدالرحمن بن ابي ليلى ولى القضاء وله عجائب من
الغلط في الفقه توفي سنة ثمان وأربعين ومائة •

ومسروق بن الاجدع الهمداني ولى معاوية في امرة زياد القضاء
وسمع من ابي بكر وعمر وعبدالله بن مسعود توفي سنة ثلاث وستين وفي
رواية سنة ستين ، وكان من الفضلاء وهو ممن قضا وقسم المدعى بين الاثنين
اذا ادعى شيئا في يد ثالث واقام احدهما شهودا أكثر من الآخر على عدد
الشهود •

ومنصور بن المعتز بن عبدالله بن ربيعة قضى ليوسف بن عمر ،
وتوفي سنة اثنين وثلاثين ومائة •

وابن قرة القاضي الكندي صاحب سلمان الفارسي •
وابو زرعة يحيى بن [ابي عمرو] الشيباني توفي سنة ثمان واربعين
ومائة وهو ابن خمس وثمانين سنة •
وأبو معاوية الضرير •
فهؤلاء من أهل الكوفة •

فصل

قضاة البصرة

ومن أهل البصرة اياس بن معاوية القاضي الذي يضرب يذكائه
المثل له علم وفهم وفضل وورع ، وكان عظيما في القضاة وله حكايات
لطاف في استخراج الحق والقضاء به على الخصوم منها ان رجلين ترافعا
اليه في وديعة في كيس ، وكان المودع قد اودعه دنائير فوجد في الكيس
دراهم •

فقال له متى اودعته ذلك ؟
فذكر الوقت فقال يقرأ ما على السكة فقرأ فوجد بعد ذلك الوقت
بزمان فالزمه رد الدنانير •

- والاختف أبو يحي المشهور بالحلم البارع •
- وثمامة بن انس القاضي •
- وأبو الشعثاء جابر بن زيد •

وأبو سعيد الحسن بن ابي الحسن الزاهد العابد العالم ولد لستين
من خلافة عمر بن الخطاب ومات سنة عشرة ومائة ولى القضاء وعمى بآخر
عمره وكل طائفة تدعيه •

وحماذ بن سلمة أبو مسلم توفى في الدولة العباسية سنة سبع وستين
ومائة وهو أبو ستة وتسعين سنة •

- وحماذ بن زيد توفى سنة اربع وسبعين في شهر رمضان •
- وأبو العالية الرياحي •

وزرارة بن اوفى قضى لابن زياد له ملح وأخبار وكان فاضلا •

وسوار بن عبدالله [الضبري] القاضي لابي جعفر المنصور ،
وتوفى سنة ست وخمسين ومائة •

- والقاضي أبو عاصم النبل له أخبار وحكايات وكان جليلا •

• وأبو الاسود ظالم بن عمرو الدلمي صاحب النحو والعلم •

وأبو عثمان النهدي عبدالرحمن بن مل لقي عمر [بن الخطاب]
وسلمان [الفارسي] وابن مسعود وابن عباس واسانة [بن زيد] وسعيد
ابن زيد وسعد بن أبي وقاص وأبا بكرة وأبا هريرة ومجاشع بن مسعود
وحنظلة وعميرة بن [يثربي] القاضي ولى القضاء بعد كعب بن سوار

الاسدي ، توفي سنة سبع عشرة ومائة وله مع أبي خيفة حكايات في المناظرة يطول بها الكتاب .

ومحمد بن سيرين صاحب تعبير الرؤيا الفقيه العالم ولي القضاء ، وتوفي سنة عشر ومائة بعد الحسن بمائة يوم ، يقال انه ولد له ثلاثون ولدا من امرأة واحدة ، وكان صالحا ورعا ثقة .

والمعتمر بن سليمان توفي سنة سبع وثمانين ومائة .

فصل

قضاة الشام

ومن أهل الشام الاوزاعي العالم الفقيه المحدث خلافة ، فقيه الشام ، توفي سنة خمس وخمسين ومائة ، ولد سنة ثمان وخمسين (وثمانين) .
واسماعيل بن عبيدالله مولى بن مخزوم الثقة العالم ادرك معاوية ، وتوفي في اماره مروان .

واسماعيل بن عياش توفي يوم الثلاثاء لثمان خلت من شهر ربيع الاول سنة احدى وثمانين ومائة .
وبقية بن الوليد توفي سنة ثمان أو تسع وتسعين ومائة وله مائة وثلاث سنين من عمره .

وسليمان بن حبيب المحاربي قاضي عمر / والخلفاء ثلاثين سنة .
وأبو ادريس عائذ الله بن عبدالله الخولاني ، مات في امرة عبدالملك ابن مروان ، وكان يقضي له .

وحف [كذا] بن الحارث اليماني طلب منه عبدالملك بن مروان ان يولية القضاء فابى عليه وامتنع فاعفاه ، ومكحول [الشامي] مولى هذيل له العلم والحديث والفضل توفي سنة اثنتي عشرة ومائة .

ويزيد بن ابي مالك قضى لهشام بن عبد الملك ويحيى بن يحيى
الفساني ولى لعمر بن عبدالعزيز القضاء •
وعبدالرحمن بن زياد بن أنعم أول • ولود ولد في الاسلام بعد فتح
افريقية ولى القضاء لمروان بن محمد على افريقية وقدم به على ابي جعفر
الكوفة •

فصل

اليمن

ومن اليمن طاووس [بن كيسان] اليماني فقيه الحجاز ومكة
ومات بمكة سنة ست ومائة وحج أربعين حجة •
وحش بن عبدالله الصنعاني قضى فهؤلاء من جملة العلماء والقضاء
الذين كانوا في أيام بني امية •

فصل

الدولة العباسية

واما الدولة العباسية ، قدس الله ارواحهم فتحسن نذكر الخلفاء
منها على الولا (كذا) ومن قضى لكل واحد بالحضرة دون من بعد •

فصل

السفاح

فأولهم أبو العباس عبدالله بن محمد بن علي بن عبدالله بن العباس
السفاح بويغ له في شهر ربيع الاول وقيل لآخر سنة اثنتين وثلاثين
ومائة ، وتوفي بالانبار سنة ست وثلاثين ومائة في ذي الحجة ، بقى في
الامر أربع سنين وعشرة أشهر وقيل ثمانية ويومين •
قام بالامر أحسن قيام ، ومهد الدولة واستولى على من بقى من
بني امية •

وفي وقته خرج عبدالله بن معاوية [بن عبدالله] بن جعفر بن ابي طالب باصفهان من نواحي كرمان وفارس واخذه ابو مسلم وقتله .

وقتل وزيره أبا سلمة [حفص بن سليمان] الخلال وهو أول وزير قتل في الدولتين ، ووز له خالد بن برمك بعده وكان القاضي له يحيى بن سعيد الانصاري وبنى حديقة الانار .

وامه ريطة بنت عبيدالله بن عبدالمدان الحارثية .

فصل

المنصور

ثم ولى بعده أخوه أبو جعفر عبدالله بن محمد بن علي المنصور ، بويغ له سنة ست وثلاثين ومائة ، وبقي له الأمر الى سنة ثمان وخمسين ومائة وكان له الامر اثنين وعشرين سنة الاثلاثة أيام .
وفعل الافعال العجيبة .

وهو الذي بنى بغداد ونزلها وأول من دون الديوان للعرب .

وله أخبار ملاح وعجائب جمّة ورسائل فصيحة الى ابي عبدالله بن محمد بن حسن بن حسين .
وامّة سلامة البريريه .

وقتل أبا مسلم صاحب الدولة في شعبان سنة سبع وثلاثين ومائة بعد ولايته بسنة ووز له خالد بن برمك [وزير اخيه السفاح] وأبو أيوب سليمان بن خالد المورياني ثم الفضل بن الربيع بن يونس بن ابي فزوة .

فصل

قضاة المنصور

قضاة عبيدالله بن محمد بن صفوان [الجُمَحَيّ] .

- وشريك بن عبدالله
- والحسن بن عمارة
- والحجاج بن ارطاة ، أربعة ولهم أخبار وحكايات

فصل

المهدي

- ثم ولى بعده أبو عبدالله محمد المهدي بن [عبدالله] المنصور ، واستخلف يوم التروية سنة ثمان وخمسين ومائة ، وبقي في الامر عشر سنين وخمسة وأربعين ليلة •
- وبنى جامع الرصافة ببغداد •
- وبه استقرت الدولة وظهر النعم [ولما ولى اطلق من كان في سجن ابيه الا من كان قبله دم أو عُرف بالفساد في الارض] •
- وامه ام موسى بنت [عبدالله بن] منصور بن عبدالله الحميري •
- وكتب له [أبو] عبدالله بن معاوية بن عبيدالله بن يسار [الاشعري] ويعقوب بن داود [بن طهمان] •
- ثم أبو جعفر الفيض بن ابي صالح [بن شيرويه] ثلاثة •
- وحاجبه الربيع ثم الحسن بن عثمان بن الفضل ثم الربيع وكان بعينه اليمنى نكتة بياض •

فصل

قضاته

- [محمد بن] عبدالله بن علاثة وعافية بن يزيد (الازدي) صاحب ابي حنيفة اثنان • وله مع بشار الشاعر أخبار كثيرة •

فصل

الهادي

- ثم ولى بعده موسى الهادي أبو محمد موسى بن [محمد] المهدي

[بن عبدالله المنصور] استخلف سنة تسع وتسعين ومائة ، وتوفي سنة سبعين ومائة وبقي في الامر سنة وأربعة أشهر وامه الخيزران من مولات المدينة [روى انه جلس للمظالم] وأمر ان يؤذن للناس بالجفلى لا بالتقرى أي بالعموم لا بالخصوص •

• ووزيره [أبو الفضل] الربيع بن يونس [وزير جده المنصور] •
• وحاجبه الفضل بن الربيع [بن يونس] •

قضاته

• وقضاته أبو يوسف وسعيد بن عبدالرحمن الجمحي اثنان •
• وكان قصير المدة ، لم يظهر عنه ما ظهر عن غيره •

فصل

الرشيد

ثم ولي بعده أخوه الرشيد أبو جعفر هرون بن [ابي عبدالله محمد] المهدي •

استخلف في شهر ربيع الآخر سنة سبعين ومائة ، وبقي في الامر ثلاثة وعشرين سنة ومات بطوس في شهر ربيع الآخر سنة ثلاث وتسعين ومائة •

• وعلى يده هلكت البرامكة وانتهت عمارة بغداد •

• ووزيره الفضل بن الربيع وعزله وحج وعادله أبو يوسف في المحمل الى مكة وولاه القضاء وخاطبه بقاضي القضاة وهو أبو يوسف يعقوب بن ابراهيم بن حبيب الانصاري [صاحب ابي حنيفة والواقدي] •

توفي سنة احدى أو واثنين وثمانين ومائة وله تسع وثمانون سنة على خلاف في ذلك ثم ولي القضاء الحسن بن الحسن العوفي •

ثم عوف بن عبدالله المسعودي •
ثم حفص بن غياث ، وتقدم الرشيد مع الخصم الى ابي يوسف ،
وامه الخيزران •

فصل

الأمين

ثم ولي بعد الرشيد ولده أبو عبدالله محمد بن [هرون] الرشيد ،
ببيع له ليلة الخميس النصف من جمادي الآخرة سنة ثلاث وتسعين ومائة
وقيل ليلة الاحد لخمس بقين من المحرم سنة ثمان وتسعين ومائة •
وبقى له الامر أربع سنين وتسعة أشهر •
ووزيره [أبو العباس] الفضل بن الربيع •
كاتبه اسماعيل بن صبيح •

قضاته

اسماعيل بن حماد بن أبي خنيفة ثم عزله وولى ابا البخري (وهب
ابن وهب القرشي) •
امه زبيدة بنت جعفر الاكبر ابي جعفر المنصور أول أم ولدت من
بنات الخلفاء وكان لها صلات ومفاخر وصدقات •
وعمرت المصانع في طريق الحج والسقايات وكانت عظيمة في الناس •

فصل

المأمون

ثم ولي أخوه المأمون أبو العباس عبدالله بن هرون الرشيد •
امه مراجل (ام ولد باذغيسية) •
استخلف يوم الاثنين لاربع بقين من المحرم سنة ثمان وتسعين ومائة
وتوفي يوم الخميس لاحدى عشر ليلة خلت من رجب سنة ثمان عشرة
ومائتين ببلاد الروم بطرسوس • وبقي له الامر عشرون سنة وخمسة

أشهر وخمسة وعشرون يوما •

وله فضائل في كل علم وفن ونجوم وطب ونحو وفقه •

واستخرج جميع العلوم وسائر الأنواع وكان عظيما •

ووزيره [أبو العباس] الفضل بن سهل ذو الرياستين [وزر له

بخراسان قبل قدومه الى العراق] ثم أخوه الحسن بن سهل [وعظم

عنده وتزوج ابنته بوران] •

ثم أحمد بن أبي خالد الاحول •

ثم أبو جعفر أحمد بن يوسف بن القاسم مولى بني عجل ثم أبو

عباد ثابت بن محمد •

ثم [أبو عبدالله] محمد بن يزيد [المروزي] ستة انفس في

هذه المدة •

قضاة المأمون

قضاته الواقدي ومحمد بن عبدالرحمن المخزومي •

وبشير بن الوليد ويحيى بن أكرم أربعة •

ومحمد بن الحسن الشيباني كان قاضي الرشيد ومات بالري مع

الرشيد •

فصل

المعتصم

ثم ولي المعتصم أخوه أبو اسحق محمد بن هرون الرشيد (واه

أم ولد تسمى ماردة) •

ولي في رجب لاثني عشرة ليلة خلت من سنة ثمان مائة ومائتين •

ومات سنة سبع وعشرين ومائتين وبقي ثمان سنين وثمانية أشهر

(ويومين) •

وكان نجيباً شجاعاً فتح عمورية ونقل بابها الى بغداد ، وبنى سر من رأى والمعشوق والجامع والاصطبلات التي بها ؟
وزيره [أبو العباس] الفضل بن مروان ثم [أبو العباس] أحمد ابن عمار .

ثم [أبو جعفر] محمد بن عبد الملك الزيات ثلاثة .

قضاة المعتصم

قاضي قضاته أبو عبدالله أحمد بن أبي دؤاد (الأيادي) وقضاته جعفر بن عيسى الحسيني من ولد الحسن بن أبي الحسن البصري وشعيب ابن سهل ومحمد بن سماعة .

فصل

خلافة الواثق

ثم ولي الواثق [بالله] أبو جعفر هارون بن المعتصم .
بويع له في النصف من شهر ربيع الاول سنة سبع وعشرين ومائتين ، وبقي له الامر خمس سنين وتسعة أشهر (وستة أيام) وتوفي في ذي الحجة سنة اثنتين وثلاثين ومائتين .
وله مع أحمد بن حنبل محنة جرت .

قاضيه

قاضية أبو عبدالله أحمد بن أبي دؤاد .
وامه قراطيس (ام ولد) رومية وقد كان فيه نجابة ورياسة .
وله أخبار كثيرة في زمنه تجددت .

فصل

المتوكل بالله

ثم ولي المتوكل بالله أبو الفضل جعفر بن محمد المعتصم رحمه الله .

ببيع له يوم الاربعاء لخميس بقين من ذي الحجة سنة اثنتين وثلاثين ومائتين وقيل ليلة الاربعاء لاربع ليل خلت من شوال سنة سبع وأربعين ومائتين •

وكانت خلافته أربعة عشر سنة وتسعة أشهر وثمانية أيام ، قتل بسر من رأى •

وزراؤه

وزراؤه محمد بن عبد الملك الزيات ومحمد بن الفضل الجرجاني ثم عبيد الله بن يحيى بن خاقان (المروزي) •
قاضيه

قاضية جعفر بن سليمان بن عبد الواحد الهاشمي •
وامه شجاع أم ولد (طخارستانية) •

فصل

المتنصر بالله

ثم ولى بعده المتنصر بالله أبو جعفر محمد بن المتوكل [بن محمد المعتصم بن هرون الرشيد] ببيع في الليلة التي قتل فيها المتوكل وبقي في الخلافة خمسة أشهر وأياما ثم قتل •
وزيره أحمد بن الخصب •

قاضيه

قاضيه جعفر بن عبد الواحد •
امه (ام ولد) رومية اسمها حبشية •

فصل

المستعين بالله

ثم ولى المستعين بالله أبو العباس أحمد بن [الأمير محمد بن محمد] المعتصم ، ببيع له في شهر ربيع الآخر لست خلت من سنة ثمان وأربعين ومائتين •

ثم خلع نفسه بعد ثلاث سنين وثمانية أشهر وثمانية عشر يوما •

قاضيه

قاضيه جعفر بن محمد بن عمارة •

وزراؤه محمد بن الفضل الجرجرائي وأحمد بن الخصيب وأحمد

ابن صالح بن شيرزاد وأبو الحسن شجاع بن القاسم •

فصل

المعتز بالله

ثم ولي المعتز بالله أبو عبدالله بن جعفر المتوكل [بن محمد المعتصم] •

بويح له يوم السبت لست خلون من المحرم سنة اثنتين وخمسين

ومائتين وخلع نفسه بعد ثلاث سنين وستة أشهر واثنين وعشرين يوما •

وما زال يعذب بعد الخلع حتى مات •

وزراؤه

وزراؤه [أبو الفضل] جعفر بن محمد الاسكافي وعيسى بن

فرخشاء وأحمد بن اسرائيل [الانباري] •

قاضيه

قاضيه الحسن بن محمد بن أبي الشوارب (الاموي) وله

اخبار •

المهتدي بالله

ثم ولي المهتدي بالله أبو عبدالله محمد بن (هرون) الواثق [بالله بن

محمد المعتصم بالله] •

بويح له لثلاث بقين من رجب سنة خمس وخمسين ومائتين [بسر

من رأى [وقتل بعد احد عشر شهرا وتسعة عشر يوما] كان أحسن
الخلفاء قبله مذهبا واجلهم طريقة وظهرهم ورعا واكثرهم عبادة ...
حرم الفناء والملاهي وحسم اطماع أصحاب السلطان عن الظلم وامر ان
يحد شارب الخمر كائنا من كان •

وزراؤه

وزراؤه [أبو الفضل] جعفر بن محمود (الاسكافي) وأبو صالح
[محمد بن أحمد] بن عمار وسليمان بن وهب •
قاضيه (الحسن بن محمد) بن أبي الشوارب •

المعتمد بالله

ثم ولي المعتمد بالله أبو العباس أحمد بن (جعفر) المتوكل أمه [ام
ولد تسمى] فتيان [رومية] •
• بوع له في رجب سنة ست وخمسين ومائتين [بسر من رأى] •
وتوفي في رجب سنة تسع وسبعين ومائتين •
بقي له الامر مدة اثنتي وعشرين سنة واحد عشر شهرا وخمسة
عشر يوما •

وزراؤه

وزراؤه أبو الحسن عبيد الله بن يحيى بن خاقان وأشو محمد الحسن
ابن مخلد [بن الجراح] وسليمان بن وهب [وأبو الصقر] اسماعيل بن
بلبل (مرتين) و [أبو بكر] أحمد بن صالح بن شيرزاد [القطريلي]
وصاعد بن مخلد [وكان نصرانياً فاسلم] وابراهيم بن محمد وفيهم من
عزل ثم عاد الى النظر •

قاضيه

قاضيه قاضي من قبله •

المعتضد بالله

ثم ولي المعتضد بالله أبو العباس أحمد بن [الأمير ابي] أحمد
[طلحة الموفق بن جعفر] بن المتوكل •
ببيع له يوم الاثنين لاحدى عشر ليلة بقيت من رجب سنة تسع
وسبعين ومائتين ، وتوفى ليلة الاثنين لثمان بقين من شهر ربيع الآخر
سنة تسع وثمانين ومائتين ، وبقي في الامر عشر سنين وتسعة أشهر
وثلاثة أيام •
وكانت أيامه صالحة وهو من رجال الدولة •

وزراؤه

وزراؤه [أبو القاسم] عبيدالله بن سليمان [بن وهب] وأبو الحسين
القاسم بن عبيدالله [الى آخر أيامه] •

قاضيه

قاضيه اسماعيل بن اسحق المالكي ، وكان عظيما في القضاة ، ثم
يوسف بن يعقوب وابن ابي الشوارب •

المكتفي بالله

ثم ولي المكتفي بالله أبو محمد علي بن [أحمد] المعتضد [بن
طلحة الموفق بن جعفر المتوكل] ، امه تركية اسمها ججك لثمان بقين
من شهر ربيع الآخر سنة تسع وثمانين وبقي في الأمر ست سنين وستة
أشهر واحد عشر يوما •

وزراؤه

وزراؤه [أبو الحسين] القاسم بن عبيدالله [وزير أبيه] والعباس

ابن الحسن •

قاضيہ

قاضيہ يوسف بن يعقوب وابنه محمد بن يوسف بن يعقوب •

المقتدر بالله

ثم ولي المقتدر بالله أبو الفضل جعفر بن [أحمد] المتضد (وقيل ان اسمه اسحق) ، وانه انما اشتهر بجعفر لشبهه بالتوكل وامه ام ولد رومية تسمى شغب) •

ببيع له يوم الاثنين ثلاث عشرة ليلة خلت من ذي القعدة سنة خمس وتسعين ومائتين ، مولده في شهر رمضان سنة اثنتين وثمانين ومائتين ولي وله ثلاثة عشر سنة •

وزرائه

وزرائه أبو علي الخاقاني وعلي بن عيسى وابن ابي الفرات ومخلد بن العباس وأبو القاسم الخاقاني وأبو العباس الخصيب وأبو علي ابن مقلة وسليمان بن الحسن وأبو القاسم الكلواذاني والحسن بن القاسم ابن عبدالله وأبو الفتح بن حزام خمسة عشر وزيرا •
وفيه من عزل ورد ، وقتل يوم الاربعاء ثلاث بقين من شوال سنة عشرين وثلاثمائة ، وبقي في الامر أربعة وعشرين سنة وشهرين وعشرة أيام •

وفي وقته فتنة ابن المعتز •

واختلف [في] حكم قضائه النظار [كذا] والامر يستقيم تارة ويضلع (كذا) أخرى •

قاضيہ

من قضائه ، أبو حاتم الكبير وأبو عمر القاضي •

خلافة القاهرة بالله

ثم ولى القاهرة بالله أبو منصور محمد بن أحمد المعتضد [بن الامير
طلحة بن جعفر المتوكل] •
ببيع له في شوال سنة عشرين وثلثمائة •

وزرائه

وزرائه [أبو علي] محمد بن علي بن [بن الحسن] بن مقله
وأبو جعفر محمد بن القاسم [بن عبدالله] وأبو العباس [أحمد بن
عبدالله بن] الخصيب [الى ان خلع القاهرة] •
وقضاته قضاة من قبله وهم جماعة •

الراضي بالله

ثم ولى الراضي بالله أمير المؤمنين أبو العباس محمد بن [جعفر]
المقتدر [بن أحمد المعتضد] خلع القاهرة واستقر الامر له واستولى على
القاهرة •

وزرائه

عبدالرحمن بن عيسى (بن داود بن الجراح) وأبو جعفر (محمد
ابن القاسم الكرخي) وسليمان بن الحسن (بن مخلد بن الجراح)
ومحمد بن علي بن مقله وابن حراة البريدي وسليمان بن الحسن (بن
مخلد) •

وتكرر نظر البعض بعد البعض وتقسمت البلاد ، واسترجع الروم
الثغور وعامة البلاد ، وظهرت السامانية •

وتوفى ليلة السبع لاربع عشر ليلة بقيت من ربيع الاول سنة تسع

وعشرين وثلاثمائة وبقي في الامر ست سنين وعشرة أشهر وعشرة أيام ،
وله أخبار كثيرة •

المتقي بالله

ثم ولي المتقي بالله أبو اسحق ابراهيم بن [جعفر] المقدر •
امه (ام ولد تسمى) خلوب •

بويج له يوم الاربعاء لعشر بقين من شهر ربيع الاول سنة تسع
وعشرين وثلاثمائة •

نظر له عشرة وزراء فكل من ذكرناه والقراريطي وأبو العباس
الاصفهاني •

وخلع يوم السبت لاحدى عشر ليلة بقيت من صفر سنة ثلاث
وثلاثين وثلاثمائة ، مدته ثلاث سنين واحد عشر شهرا وفي وقته ملكت بنو
حمدان وظهرت الروم •

المستكفي بالله بن المعتضد

ثم ولي [أبو القاسم عبدالله] المستكفي بن المعتضد بالله ، امه [أم
ولد رومية تسمى) غصن ، بويج له يوم السبت لتسع بقين من صفر سنة
ثلاث وثلاثين وثلاثمائة (وفي أيامه استولى البويهيون على بغداد) •
وزيره أبو الفرج (أحمد بن محمد) السامري •

قاضيه

وقاضيه أبو عبدالله بن ابي موسى •

وخلع وكحل يوم الخميس لثمان بقين من جمادى الآخرة سنة
أربع وثلاثين وثلاثمائة مدة نظره ستة عشر شهرا ويوما واحدا •

المطيع لله

ثم ولى المطيع أبو القاسم الفضل بن [جعفر] المقتدر [بن أحمد المعتضد] ببيع بالخلافة يوم الخميس لثمان بقين من جمادى الآخرة سنة أربع وثلاثين وثلثمائة •

امه مشغلة (ام ولد صقلية) •

وخلع نفسه [غير مكره] يوم الاربعاء الثالث عشر من ذي القعدة سنة ثلاث وستين وثلثمائة •

مدة نظره تسع وعشرون سنة وأربعة أشهر [واياما] •

وتولى خلع الملقب بـعز الدولة الديلمي ورد الامر ، وهو أيضا خلع المستكفي واستولت الديلم على البلاد ، وفست الامور كلها •

وضمن القضاء ابن ابي الشوارب بمائة وعشرين الف درهم في السنة وبطلت الشريعة وتغير الامر •

الطائع لله

ثم ولى الطائع بالله أبو بكر عبدالكريم بن [الفضل] المطيع [لله بن جعفر المقتدر] •

ببيع له يوم الاربعاء ثالث وعشرين ذي القعدة سنة ثلاث وستين وثلثمائة •

وقبض عليه يوم السبت السابع عشر من شعبان سنة احدى وستين وثلثمائة •

وخلع يوم الاحد واشهد على نفسه واستدعا بهاء الدولة القادر [بالله] من البطائع وسلمه اليه فبقى عنده عشر سنين وتوفى يوم الثلاثاء مستهل شوال سنة ثلاث وتسعين وثلثمائة وصلى عليه القادر بأمر الله وبقي في

الامر سبع عشر سنة وتسعة عشر يوما .

قاضييه

قاضييه أبو محمد بن معروف قاضي قضائه وله أخبار ، وهو آخر خليفة حكم بنفسه واسجل بها حكم به لابن معروف قاضي قضائه بعدة ضياع وهي الى اليوم بيد ورثته ، اعني السجل والضياع مع القرار [كذا] .

القادر بالله

ثم ولي أبو العباس أحمد بن [الأمير أبي بكر] اسحق بن [جعفر] المقتدر بالله .

بويح له يوم الأحد لعشر يقين من رمضان سنة احدى وثمانين وثلثمائة .

وتوفي ليلة الاثنين الحادي عشر من ذي الحجة سنة اثنين وعشرين واربعمائة وكان عمره ستة وثمانين سنة وتسعة أشهر ويوما وبقي له الامر احد واربعون سنة وثلاثة أشهر واحد عشر يوما .
وكان ورعا زاهدا صالحا متواضعا محبوبا الى كل احد طال عمره في النظر وزاد عمر كل خليفة تقدم قبله ونضرت الدولة بدينه وشهامته وعفته وكرمه وما تجدد في أيامه يحتاج الى كتاب مفرد ربما كان أكبر من هذا الكتاب .

قضائه

قاضي قضائه أبو الحسن بن أبي الشوارب وأبو عبيد بن ماكولا .
كاتبه أبو الحسن [علي بن عبد العزيز بن ابراهيم] بن حاجب النعمان وهو كاتب الطائع قبله ثم عزله في آخر شهر رمضان من سنة ثمانين وثلثمائة واستوزر أبا العلاء سعيد بن الحسن بن بريك نيابة فبقي نيفا وسبعين يوما ثم عزله واعاد أبا الحسن ابن حاجب النعمان فلم يزل الى ان توفي في رجب سنة احدى وعشرين واربعمائة [.

وكان لارباع بغداد عدة قضاة •

القائم بأمر الله

ثم ولى الامر ابنه القائم بأمر الله أبو جعفر عبدالله [بن أحمد القادر بالله] •

امه بدر الدجى ارمينية •

بويج له يوم الاثنين الحادي عشر من ذي الحجة سنة اثنين وعشرين واربعائة وولد يوم الخميس الثاني عشر من ذي القعدة سنة احدى وتسعين وثلثمائة •

وتوفى يوم الخميس الثالث عشر من شعبان سنة سبع وستين واربعائة ، وعمره خمسة وسبعون سنة وسبعة أشهر وخمسة عشر يوما •

وبقى الامر له أربعة وأربعون سنة وثمانية أشهر ويومان ، زاد على عمر والده في الخلافة ونظره بحسن سيرته وكان رحيما عفيفا ورعا ذا رفق بالناس لين الكلام يباشر الامور بنفسه ويعمل مسودات الكتب التي تكتب عنه الى الملوك والاطراف •

وقد ذكرت في كتابي المرشد الى معرفة أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم والتابعين بعدهم والخلفاء والخوارج مما جرى في وقته وما فتح على يديه وما تجدد له ، وكيف كان ظفروه بأعدائه فيطلب هناك ليوجد مستوفا ان شاء الله تعالى •

وزراؤه

أبو الحسن بن صاحب النعمان ، ونظر ولده بعده مدة ثم أبو [طالب محمد بن] أيوب عميد الرؤساء ، ثم أبو القاسم علي بن [الحسين

بن [المسلمة رئيس الرؤساء ، ثم خلف في النظر نيابة في أيام رجوعه
الى داره أبو تواب الحاجب ، وكان حاجب الحجاب يعرف بابن الاثيري .
ثم أبو الفتح [منصور بن] محمد بن دارست الفارسي مجد
الوزراء .

ثم فخرالدولة أبو نصر محمد بن محمد بن خير الموصلبي .
ثم عزله وخلف موضعة قاضي القضاة أبو عبدالله بن علي الدامغاني
شيخنا رحمه الله تعالى .

ثم أعاد النظر اليه وبقي في الامر الى ان توفي القائم بأمر الله .
قضاته

قضاته ابن مأكولا ، وأبو عبدالله شيخنا رحمه الله .
وقد ذكرت ذلك في كتابي المرشد النظامي بأوفى من هذا .

المقتدي بأمر الله

ثم ولي الامر بعده المقتدي بأمر الله أبو القاسم عبدالله بن محمد بن
القائم بأمر الله امام الوقت عند تأليف هذا الكتاب اعز الله اصداره .
ببيع له يوم الخميس بعد صلاة الظهر الثالث عشر من شعبان سنة
سبع وستين واربعمائة ، وعمره ثمانية عشرة سنة وثلاثة أشهر وخمسة
أيام ، لانه ولد ليلة الاربعاء الثامن من جمادى الاول سنة ثمان واربعين
واربعمائة ، بعد دخول الدولة التركية العراق بسبعة أشهر واحد عشر
يوما ، لان ركن الدولة أبا طالب طغرل بك محمد بن ميكائيل دخل بغداد
يوم الاحد السابع والعشرين من شهر رمضان سنة سبع وأربعين واربعمائة ،
وملك العراق ، ونهب الجانب الشرقي وقبض على الملك الرحيم واتراك
بغداد .

وقد ذكرت ذلك فيما ذكرت من كتاب المرشد فيطلب هناك ،
وشرحت الحال وما جرى مع العرب ، ومدة الفترة ، وكيف قتل البساسيري
وما تجدد حالا بحال باوجز لفظ ، فامر له بالبيعة الوزير مجد الدولة
محمد بن جهير صفى أمير المؤمنين •

ثم عزله ونظر في الامر على سبيل النيابة الوزير أبو شجاع محمد
ابن الحسين أبو يعلى النهمداني •

ثم وزر له عميدالدولة أبو منصور محمد بن محمد بن محمد بن
جهير خالصة أمير المؤمنين • ثم عزله ونظر في الامر على سبيل النيابة أبو
الفتح المظفر رئيس الرؤساء أبو القاسم بن المسلمة •

ثم وزر له أبو شجاع محمد بن الحسين أبو يعلى ، ولقبه بسيد
الوزراء ظهيرالدين مؤيد الدولة صفى أمين المؤمنين في يوم السادس عشر
من شعبان سنة سبع وسبعين وأربعمائة •

وقد شرحت الحال في ذلك بكتاب المرشد وما تجدد الى شهر ربيع
الآخر سنة سبع وسبعين وأربعمائة ، والذي تجدد في وقته ونظره الامر
الذي لم ير احد مثله ولا شاهده وهو من صلة الامام المقتدي بأمر الله
أمير المؤمنين اعز الله أنصاره الى ابنه السلطان المعظم جلالالدولة وجمال
المللة ابي الفتح ملك شاه بن عضدالدولة ألب ارسلان محمد بن داود
يمين أمير المؤمنين أعلى الله كلمته وما انفتح على يديه من الجزيرة والشام
وانطاكية والرها وسائر أعمال الشام وطرابلس وقصده السلطان المعظم
جلالالدولة اعز الله نصره هذه المواضع ، وقرر امر العرب ، وشاهدته
في معسكره في سنة سبع وسبعين (وأربعمائة) والعجم والأتراك والاكرد
والروم وكل نوع من الناس يخالف الآخر والشمل مجتمع والكلمة متفقة
والامن حاصل •

فلما رتب البلاد الشامية في هذه السنة وحفظ الثغور واستنزل
جعفر بن البسطي العمري من قلعة التي كانت لا سيل عليها ولا مطمع
في بعض يوم حتى كأن الملائكة فعلت ذلك .

ثم قدم العراق في يوم الخميس من ذي الحجة سنة تسع وسبعين
واربعمائة ، وعقد الجسر باب الطاق وعبرت العساكر كلها الى الجانب
الشرقي ، فنزل في دار الخلافة بها ، ونزل صاحب الاجل صدر الاسلام
والمسلمين نظام الملك قوام الدين العالم أبو الحسن بن علي بن اسحق
رضي أمير المؤمنين احسن الله له الجزاء في الآخرة والدنيا عن كافة
المسلمين وأهل الدين في الداهر (كذا) في الخيام ، وأمر العساكر
بالنزول في الصحراء تبعاً لما فعله ورفقاً بالمسلمين ، ولولا ان الله تعالى امر
بشكر النعمين واخبرنا في كتابه عن الامم الماضية وعرفنا على لسان رسوله
عليه السلام سير المتقدمين وذكر الانبياء الصالحين والجباية المتكبرين
واننى على الصالحين فحملني على ذكر ، وكان أول ما ذكره الذاكرون
وسطره الكاتبون وخلد ذكره العاملون وحث عليه الواقفون ذكر السير
الجميلة والايام الصالحة والاوقات الآمنة ، ليقضى بذلك من يريد الآخرة
ويعلم من لا علم له بالامور حال هذا السلطان لهذا العصر والمدبر لهذا
الملك انه اسقط [الجباية عن ؟] كل المؤمنين [من] العراق الى
جيحون من جميع الاعمال وعفى سبلها ونادى باسقاطها
واشترك العام والخاص في النفع بها ، وامنت السبل
والطرقات حتى لم ير في طريق من يتعرض لامرأة أو اخذ مال أو عريضة
في المعسكر ، ثم علق الجانبين بالتعليق عند حمل ما حمله من الجهاز الذي
يهر العقول الى دار الخلافة ، فلم يفقد احد من الناس في الليل والنهار
من ذلك شيئاً ، ثم بنى هذا صاحب النظام صدر الاسلام اطل الله له
العمر واحسن له الذخرة التاجع لسلطانه المشفق على اهل زمانه في كل

بلدة له مدرسة للعلماء على كل طائفة حتى كانه مع كل طائفة من اهلها
ومع كل نحله في الاصول ممن يعتقدونها ، واجرى على العلماء صنوف
الارزاق وعلى الاشراف والمتفهمة والشعراء واهل الادب وكثير من القوام ،
ثم جميع الشيوخ من الطوائف اذا دخل عليه منهم داخل عظمه واکرامه
ونھض لمن يعلم انه في علمه جليل أو في بيته قديم أو في سنه كبير ، تواضعا
للّٰه ، ورجاء منه جميل الثواب على هذا الفعل ، فوالله انه يستحق الدعاء
الدائم من جميع اهل الزمان وجميع اهل الاديان والشكر المخلد ، ولهذا
الذي قلت وجب على ان اودع ذكره كتابا ، ثم تفكرت فلم أجد كتابا
يحتاج اليه القاضي والفقير العالم والجاهل والصغير والكبير ، فالتفت هذا
الكتاب بعد نظري في كتب الفقهاء ومن الف في مثله كتابا ، وجمعت ما
يحتاج اليه وهو بجمع المقترب من الكتب بعبارة سهلة ومعان بينة تصلح
للحفظ والتدريس والمذاكرة واقسمت بالله العظيم ، واخذت عهد الله الكريم
على كل من قرأ هذا الكتاب ونسخة ان لا يسقط منه بابا ولا يغير منه
نظما ولا يكتب اوله الا واخره معه ، ولا يكتب من آخره شيئا الا واوله
معه ، وان يذكرني ويترحم علي ، وان يسأل الله تعالى ان ينفعني به في
الدنيا والآخرة ، وان يدعو لمن صنفته لاجله ، وثبته لجزيل نعمه عندي
وكثرة اياديه على ، وصون وجهي عن البذل لما اجزله على من انعم الدولة
المباركة القاهرة والايام الزاهرة السامية مضافا الى ما ولاني من
البلاد ورسم اسمي به في العباد من الالقاب وصنوف الافعال ، ويجمع
شمل المسلمين به وعلى يديه ، ويحفظ امام العصر (و) السلطان ويؤلف
بينهما ، ويصلح امر الرعية بحسن نظرهما ، ولولا ان صدر الاسلام
نظام الملك قوام الدين امتع الله الخلق ببقائه عاجله الخروج والمسير الى
الجبيل فخشيت ان يفوتني ايصال هذا الكتاب اليه فحذفت لذلك ذكر
القضاة في كل عصر وما يحكن عن كل واحد من طريف الاحكام
والحكايات ، وذكرت البعض واسقطت البعض ، وما اقتصرت على ذكر

الخلفاء ومن ولاهم رسم القضاء وذكرت بعض القضاة حتى اكون قد اخلفت
ما وعدت به في أول الكتاب •

وأخر من ولاه الامام المقتدى بالله شيخنا ابا عبدالله محمد بن علي
الدامغاني وأبا بكر [محمد بن المنظر] الشامي قاضي قضاة هذا الوقت
الذي وقع فيه فراغ هذا الكتاب •

والله تعالى ولي التوفيق في جميع الاموال وهو حسبي ونعم الوكيل ،
وصلى الله على محمد النبي وآله وسلم تسليما كثيرا •

★ ★ ★

وافق الفراغ من كتابته يوم الاثنين المبارك آخر شهر شعبان سنة
احد وعشرين وتسعمائة احسن الله عاقبتي وصلى الله على سيدنا محمد
وآله وسلم ، وحسبنا الله ونعم الوكيل ، نعم المولى ونعم النصير •

★ ★ ★

تم طبع كتاب روضة القضاة
على مصنفه ومن صنف له الرحمة
انه سميع الدعاء

فهرست

الصحيفة	
٣- ٥	مقدمة في التعريف بالسمناني وكتابه روضة القضاء
٥	لمن صفت الروضة ؟
٦- ٨	عصر البويهيين والسلاجقة وحظ الثقافة الاسلامية فيه
٨- ١٠	أهداف المصنف وخطته
١٠- ١٢	مراجع أخرى
١٢- ١٣	خطتنا في التعريف بالكتاب وموضوعه
١٣- ١٦	خصائص النظام القضائي في الاسلام
١٦- ١٧	ترجمة السمناني ، مولده ودراسه
١٨	ثقافته
١٨- ٢١	آثاره
٢٢- ٢٣	حياة السمناني المضطربة
٢٣	صاحب الخبر
٣٢- ٢٤	عقد نفسية
٢٤- ٢٧	دعواه اثباته النسب
٢٧- ٢٨	ما اثمرته روضة القضاء
٢٨	نماذج من قواعد الفقه الاسلامي كما صاغها السمناني
٢٨	العقد الموقوف
٢٨- ٢٩	تولية المرأة القضاء
٢٩- ٣٢	باب في الامامة
٣٢	في الثورة على الظلم

الصحيفة

في التحكيم	٣٢ - ٣٣
الختم	٣٣
مراجع البحث	٣٤ - ٣٥
ملاحظتان	٣٨
صورة ما جاء في الصحيفة الاولى	٣٩
مقدمة المصنف	٤٠ - ٤٢
تعداد موضوعات الكتاب	٤٣
باب صفات القاضي وشروطه	٤٣ -
باب اعوان القضاء	٤٤
باب سلطة القاضي	٤٤
باب المقضى له	٤٤ - ٤٥
باب المقضى عليه	٤٥ - ٤٦
باب ما يقع القضاء به	٤٦ - ٤٧
باب المقضى فيه	٤٧ - ٤٨

الكتاب الاول

التظيم القضائي

١ - صفات القاضي وشروطه	٤٩ - ٥١
شرف رتبة القضاء	٥١ - ٥٢
شرائط تولي القضاء	٥٢ - ٥٤
باب اعتبار العلم في القاضي وما يذكر في ذلك وشروطه	٥٤
أنواع العلوم الشرعية	٥٤ - ٥٥

الصحيفة

ما يجب ان يكون عليه علم القاضي	٥٥ - ٦٠
فصل - ما يجب ان يكون عليه الامام من الشرائط	٦١ - ٦٢
شرط الذكورة	٦٢ - ٦٣
شرط النسب	٦٣ - ٦٤
اختلافهم في مفهوم لفظ قریش	٦٤ - ٦٥
نقد مختلف الأقوال في تخصيص الخلافة	٦٦
امامة المفضول	٦٦ - ٦٧
الامامة حق لكافة المسلمين	٦٧
الامامة حق على المسلمين	٦٧
العصمة	٦٧
معنى العصمة	٦٧
نقد القول بالعصمة	٦٨
الامام في بلد بعيد	٦٨
واجبات الامام	٦٨ - ٦٩
واجبات المسلمين تجاه الامام	٦٩
معرفة الامام	٦٩
باب في طريق الامام الى الامامة	٦٩ - ٧٠
في اختيار الامام	٧٠ - ٧١
فصل - الدعوة	٧١
فصل - هل تورث الامامة ؟	٧٢
فصل - في كيفية النص	٧٢

الصحيفة

باب كيفية الولاية	٧٢
باب ما يشترك فيه الوالي والمتولي من الصفات	٧٤
مطلب - القاضي لا يولى ابنه القضاء في حياته ولا بعد مماته	٧٤
مطلب - قضاء القاضي على القاضي الذي ولاه له ، وعلى الامام الذي ولاه	٧٤
مطلب - لا يجوز ان يكون امامان في دار الاسلام	٧٤
مطلب - يجوز ان يشتركا في قضية واحدة	٧٥
مطلب - انتقاص الولاية	٧٥
مطلب - ما ينفرد به الامام	٧٥
مطلب - الاقطاع	٧٥
مطلب - بيان حدود الولاية	٧٥
باب ولاية الخوارج للقضاء	٧٥
تعريف الخوارج	٧٥
قضاء الخوارج	٧٥- ٧٧
وجوب تحقيق الامام في أسباب خروج الخوارج عليه واضافهم ممن ظلمهم	٧٧
فصل - خلو الزمان من الامام	٧٧- ٧٨
باب التحكيم	٧٨- ٧٩
ما يجوز فيه الحكم	٧٩- ٨١
فصل - عدد من يولى القضاء في البلد الواحد	٨١- ٨٢
باب في جواز الدخول في القضاء	٨٢- ٨٤

الصحيفة

الاجبار على تولي القضاء	٨٤- ٨٥
باب اخذ الرزق على القضاء	٨٥- ٨٧
فصل - في الرشوة على الحكم	٨٧- ٨٨
ما جاء في تحريم الرشوة من الآثار	٨٨- ٨٩
اتقاء العلم بالرشوة	٨٨- ٩٠
أحوال القاضي التي يقضى فيها	٩٠- ٩١
دعاء القاضي عند دخول البلد	٩١
فصل - في صفة لباسه وفرشه	٩٠- ٩٢
مركب القاضي	٩٢
أحوال قاضي القضاة الدامغاني	٩٢- ٩٣
فصل - ما يفعله القاضي قبل مصيره الى البلد الذي يليه	٩٣- ٩٥
ما ورد في كتابة العهد من الآثار	٩٥- ٩٦
الاشهاد على التولية	٩٦
باب - كيفية جلوس القاضي وأحواله والمكان الذي يقضى فيه	٩٦- ٩٧
فصل : قضاء النبي (ص) في شراج الحرة	٩٧- ٩٨
فصل : القضاء في المسجد	٩٨- ١٠٦
مجلس قاضي القضاة الدامغاني	١٠٦- ١٠٧
فصل الفقهاء المشاورون	١٠٧- ١٠٨
فصل : ادلة الاحكام	١٠٨- ١١١
باب قبض ديوان الحكم	١١١- ١١٢

الصحيفة

باب كاتب القاضي	١١٣-١١٤
سيرة نظام الملك واصلاحاته	١١٤
تصفح عمل الكاتب	١١٧-١١٥
كتاب كنز العلماء والمتعلمين	١١٧
رفع قدر الكاتب	١١٧
الشروط الواجبة في كاتب القاضي في نظر الشافعية	١١٨-١١٧
باب الحاجب	١١٨-١٢٢
باب الوكلاء	١٢٢-١٢٣
نقد وكلاء قاضي القضاة	١٢٣
باب اعوان القاضي واتباعهم	١٢٣-١٢٤
فصل - تفقد النواب	١٢٤
باب أصحاب المسائل عن الشهود	١٢٤-١٢٥
باب صاحب السجن	١٢٥-١٣٢
باب ذكر بواب القاضي	١٣٢
نقد بواب قاضي القضاة ومحضره	١٣٣
باب ذكر الجلواز على يديه وفي مجلسه	١٣٣-١٣٤
جلواز قاضي القضاة	١٣٤
الركاية	١٣٤-١٣٥
باب ما يبدأ به من النظر بعد الولاية والجلوس	١٣٥
النظر في أمر المحبوسين	١٣٥-١٣٧
فصل - النظر في امر الوقوف	١٣٨

الصحيحة

فصل - قبول قول القاضي المعزول	١٣٨-١٣٩
فصل - اختلاف المعزول والذي بيده المال	١٣٩-١٤٠
محاسبة الامناء	١٤١
ادعاء الامين الأجر	١٤١-١٤٣
في الضوال	١٤٣-١٤٤
باب النيابة في القضاء	١٤٤-١٤٥
تقييد القاضي بسماع الأدلة والبيان	١٤٥-١٤٦
شروط الاستخلاف	١٤٦-١٤٧
باب وقوف الحكم على اجازته	١٤٧
العقد الموقوف	١٤٧-١٤٨
باب ما يبطل ولاية القاضي والامام	١٤٨
تصرف القاضي بعد الفسق	١٤٨
نقد القول بصحة تصرف القاضي بعد فسقه	١٤٩
بطلان الولاية بطرود العمى	١٤٩
بطلان الولاية بالنسيان	١٤٩
ردة القاضي والامام	١٤٩
عزل نفسه	١٤٩
بطلان ولايته باستحقاق رقبته	١٥٠
سقوط ولاية الامام بأسره	١٥٠
طرود الخرس	١٥٠
القاعدة فيما يطرأ على القاضي من الاحوال	١٥٠

الصحيفة

موت الشاهد والقاضي	١٥١
باب موت القاضي	١٥٢-١٥١
باب عزل القاضي وخلع الامام	١٥٢
متى يخلع الامام	١٥٢
متى يمتنع خلع الامام	١٥٢
الفرق على عزل القاضي وعزل الامام	١٥٣-١٥٢ ✓
أفضية القاضي قبل عزله	١٥٣
تصرفات الوكيل قبل العزل	١٥٣
متى يعزل الوكيل نفسه	١٥٣
فصل - ما يدعى على القاضي بعد العزل	١٥٥-١٥٣
فصل - كتب المعزول تصل بعد العزل	١٥٥
فصل - التظلم من القاضي المعزول	١٥٦-١٥٥
فصل - الادعاء على القاضي بالجور في الحكم	١٥٦
فصل - الادعاء بان القاضي اخطأ في حكمه	١٥٧-١٥٦
فصل - اقرار القاضي المعزول بتعمد الجور	١٥٨-١٥٧
باب معاملة القاضي	١٥٩-١٥٨
فصل - الاشراف على كتابه واصحاب مسائله	١٦٠-١٥٩
فصل - اقراض أموال الايتام بشرط قيام المقرض بمؤنة الصبي	١٦٠
فصل - تعيين أيام للقضاء	١٦١ ✓
قضاة الرباع	١٦١

الصحيفة	
يوم مجلس الدامقاني	١٦١
فصل - عيادة القاضي المريض .. الخ	١٦١
قبول الهدية	١٦٢
حضور الولايم	١٦٢
ذكر المدعي والصفة التي يكون عليها	١٦٣
تعريف الدعوى	١٦٦-١٦٣
شرط الصفة (المصلحة)	١٦٦
جواز العدوى بقول المدعي	١٦٧-١٧٠
باب الموضع الذي يعدى عليه	١٧٠-١٧١
باب كيفية احضار الخصم الى القاضي	١٧١
دليل القاعدة	١٧١-١٧٢
باب العذر الذي يسقط الحضور	١٧٢-١٧٣
باب الامتناع من الحضور الى القاضي	١٧٣-١٧٥
الهجوم على الغائب والتسمير	١٧٥
ترتيب الهجوم	١٧٥
الهجوم على غفلة	١٧٥
تقد مبدأ الهجوم على الغائب	١٧٦-١٧٧
باب دعوى النساء والدعوى عليهن	١٧٧-١٧٨
باب دعوى العبد والمكاتبين ومن فيه رق	١٧٨
باب دعوى الولي على الصغير	١٧٩
صفات الولي على الصغير	١٨٠

الصحيفة

شرط تصرف الولي عليه	١٨٠-١٨١
باب جواز دعوى الوكيل لغيره	١٨١-١٨٢
ضيب الامناء	١٨٢-١٨٣
اطلاق التصرف للامين وتقييده	١٨٣
باب دعوى الوصي	١٨٣-١٨٤
باب دعوى الشريك والدعوى عليه	١٨٤
أنواع الشركات	١٨٤
شركة الاملاك	١٨٤
شركة العقود وأنواعها	١٨٤
باب دعوى المضارب	١٨٥
باب دعوى المولى على عبده وعن عبده	١٨٥
باب المقضى عليه	١٨٦
اهلية المدعى عليه	١٨٦
شرط الصفة	١٨٦
باب القضاء على الحاضر في المجلس والبلد	١٨٦-١٨٧
الدعوى على العليل ومن اليه	١٨٨
فصل في الترجمة	١٨٩
فصل في الأخرس	١٨٩
فصل - الدعوى على الطفل في حجر القاضي	١٨٩-١٩٠
باب القضاء على الغائب	١٩٠
باب جواز القضاء على الميت	١٩١-١٩٢

الصحيفة	
١٩٤-١٩٢	باب كيفية القضاء على الورثة
١٩٥-١٩٤	باب القضاء على من هرب من الخصم
١٩٦	باب ما يقع القضاء به
١٩٨-١٩٦	باب الشهادة
١٩٩-١٩٨	اختيار القاضي شهوده
١٩٩	باب الكلام في عدد الشهود
١٩٩	عدد الشهود في الزنا والقذف
١٩٩	عدد الشهود في القصاص
٢٠٠-١٩٩	عدد الشهود في الديات
٢٠٠	شهادة الواحد
٢٠٠	باب الكلام في صفة الشهود
٢٠٠	شروط الشاهد
٢٠١	شرط البلوغ
٢٠١	شهادة الصبيان في الجراح
٢٠١	نقد قول مالك
٢٠١	شرط العقل
٢٠١	شرط الحرية
٢٠٢	اعادة الشهادة بعد الفسق
٢٠٢	قبول خبر العبد في الشرعيات
٢٠٤-٢٠٢	شرط الاسلام
٢٠٤	في اعتبار العدالة

الصحيفة

تعريف العدل	٢٠٤-٢٠٥
العدل في عرف أهل الشرع	٢٠٥
شرائط العدل	٢٠٥
تعريف الفسق	٢٠٥-٢٠٦
الفسق من طريق الاعتقادات	٢٠٦-٢٠٧
اعتبار العلم بما يشهد به	٢٠٧
باب الموضع الذي يعتبر فيه قول الرجال خاصة	٢٠٨
باب شهادة النساء خاصة	٢٠٩
باب ما يقبل من قول النساء والرجال	٢٠٩-٢١٠
باب ما يقبل فيه قول العبد	٢١٠-٢١١
باب من ظاهره العدالة	٢١٢
باب ما يقبل قول الناسق فيه	٢١٢-٢١٣
شهادة الفاسق على النكاح	٢١٣
امامة الفاسق في الصلاة	٢١٣-٢١٤
باب الشاهد واليمين	٢١٤-٢١٨
باب ما يقبل فيه شهادة الاستفاضة من الاشياء	٢١٨-٢١٩
الشهادة على الموت	٢١٩-٢٢٠
شهادة الشهود على معرفة النساء في مدينة السلام	٢٢٠
قبول الاستفاضة على الولاية والخلع	٢٢٠
فصل - الشهادة على موت انسان	٢٢١
فصل - الشهادة على النكاح بالسماع	٢٢١

الصحيفة

ادعاء رجلين نكاح امرأة	٢٢٢-٢٢١
تنازع على نكاح امرأة	٢٢٢
الشهادة على المعاملات	٢٢٢
الولاء المشهور	٢٢٢
لا ينقل الولاء بعد ثبوته	٢٢٣-٢٢٢
فصل - الملك المشهور الخ	٢٢٤-٢٢٣
باب الشهادة وما يعتبر في جوازها وطريق حصولها والتزكية	٢٢٥-٢٢٤
من كتاب عمر بن الخطاب الى ابي موسى الاشعري	٢٢٧-٢٢٦
طريق معرفة العدل أو التزكية	٢٣٠-٢٢٧
اثبات الحرية عند جهل القاضي بها	٢٣٢-٢٣٠
نقد قاضي القضاة لتهاونه في اعادة السؤال عن شهوده	٢٣٣-٢٣٢
فصل - طعن الخصم في عدالة الشهود	٢٣٣
فصل - تعديل المشهود عليه الشهود	٢٣٤-٢٣٣
فصل - العدل	٢٣٥-٢٣٤
باب ما ترد به شهادة الشاهد	٢٣٥
الحكم بشهادة الفاسق	٢٣٦
نقد	٢٣٦
شهادة المأجن	٢٣٦
شهادة لاعب الشطرنج	٢٣٨-٢٣٦
فصل - من لا تجوز شهادتهم	٢٤٠-٢٣٨

الصحيفة

فصل - اللعب بالشطرنج	٢٤٣-٢٤٠
فصل - شرب قليل من النبيذ	٢٤٣
فصل - المغني بغير آلة	٢٤٤-٢٤٣
ترام عمر بن الخطاب في بيته	٢٤٤
فضائل ابي حنيفة للصيمري	٢٤٥
تنقيص الصوفية بين أهل العلم في عصر السمناني	٢٤٥
تخريب آلات الطرب من غير غناء	٢٤٧-٢٤٦
رد الشهادة بالاكثار من الصفات	٢٤٧
الخداء	٢٤٨-٢٤٧
تشديد الاعراب	٢٤٨
تحسين الصوت بالقرآن	٢٤٩
قول الشعر	٢٤٩-٢٥٠
فسق شاهد الزور	٢٥٢-٢٥٠
اشهار من ثبت تزويره	٢٥٢
شهادة الظنين والجار الى نفسه غمما الخ	٢٥٣-٢٥٢
فصل - شهادة الخصي والاقلف	٢٥٤-٢٥٣
فصل - شهادة ولد الزنا	٢٥٤
فصل - شهادة المستمع	٢٥٥-٢٥٤
شهادة رجلين على جرحه اخا لهما الخ	٢٥٥
شهادة من يدفع ضررا عن نفسه	٢٥٦-٢٥٥
شهادة الوالد والولد	٢٥٦

الصحيفة	
٢٥٧-٢٥٦	فصل شهادة العدو
٢٥٧	فصل - شهد لمن لا تجوز له الشهادة ولمن تجوز
٢٥٨-٢٥٧	فصل - شهادة النائب
٢٥٨	شهادة المحدود في القذف
٢٥٩-٢٥٨	فصل - في كيفية التوبة من القاذف
٢٦٠-٢٥٩	فصل - التوبة من المصيبة
٢٦٠	فصل - تعلق حد الله
٢٦١-٢٦٠	فصل - التوبة المعتبرة
٢٦١	فصل - التوبة على من يحد
٢٦١	فصل - شهادة المولى لمكاتبه الخ
٢٦٢	فصل - الشهادة المتبادلة
٢٦٢	فصل - تبادل الشهادة بالوصية
٢٦٣	فصل - الشهادة على طلاق الامة
٢٦٣	فصل شهادة الاعمى والاخرس
٢٦٣	باب الشهادة على الشهادة
٢٦٤-٢٦٣	دليل حوازاها
٢٦٤	الشهادة على شهادة الميت
٢٦٥-٢٦٤	باب الموضع الذي يقبل فيه الشهادة على الشهادة
٢٦٦-٢٦٥	باب عدد شهود الفرع في موضع قبولها
٢٦٨-٢٦٦	فصل - الشهود على شهود الاصل ان كانوا أربعة
٢٦٨	فصل - كيفية شهادة شاهدي الفرع

الصحيفة

فصل - السؤال عن عدالة شاهد الاصل	٢٦٩-٢٦٨
فصل - شروط الحكم بشهادة الفرع	٢٦٩
فصل - الشهادة على شهادة الاب وقضائه	٢٦٩-٢٧٠
تسمية شهود الاصل	٢٧٠
باب النكول عن الايمان	٢٧١
الاثار المروية في النكول	٢٧١-٢٧٣
باب الموضوع الذي يقضى فيه بالنكول	٢٧٣
تكييف النكول	٢٧٣-٢٧٥
باب كيفية القضاء بالنكول	٢٧٥
صيغة القضاء بالنكول	٢٧٥
الحلف بعد العرض وقبل القضاء	٢٧٥
اقتران النكول بالقضاء	٢٧٥-٢٧٦
استثاف العرض	٢٧٦
امتناع المدعى عليه عن الاقرار والانكار	٢٧٦
فصل - دعوى المدعى عليه وجود حساب بينه وبين المدعى	٢٧٧
فصل - دعوى المدعى عليه ان المدعى كان قد استخلفه	٢٧٧
طلب الخصم اليمين	٢٧٧
فصل - طلب المدعى عليه التأجيل مع اقراره	٢٧٧-٢٧٨
باب اليمين	٢٧٨-٢٨٠
باب صفة اليمين	٢٨٠-٢٨١
فصل - عظة القاضي الخصم قبل الاستحلاف	٢٨١-٢٨٢

الصحيفة	
فصل - تغليب اليمين	٢٨٢-٢٨٣
فصل - اليمين في النسب	٢٨٣
لا يمين فيما لا يقبل اقراره به	٢٨٣-٢٨٤
باب ما يجب فيه اليمين ، وما يجب فيه العلم والفرق بينهما	٢٨٥-٢٨٧
باب رد اليمين على المدعي	٢٨٧
خلاف الفقه في تحويل اليمين	٢٨٧
قصة بين عثمان والمقداد بن الاسود	٢٨٨-٢٨٩
من كان يرد اليمين	٢٨٩
فصل - قول الشافعي في النكول	٢٨٩-٢٩٠
اقامة البينة بعد اليمين	٢٩٠-٢٩١
الاقرار بعد البينة	٢٩١-٢٩٢
فصل - اخذ الكفيل من المدعى عليه	٢٩٢-٢٩٤
فصل - ملازمة الممتنع عن الكفيل	٢٩٥
فصل - هل يحكم بعد البينة في غيبه المدعى عليه	٢٩٥-٢٩٦
فصل اثبات الوصية والوكالة	٢٩٦-٢٩٨
باب الرجوع عن الشهادة	٢٩٩
سابقة من اقصيه على	٢٩٩
رجوع الشهود قبل الحكم	٢٩٩
الرجوع بعد القضاء في المال	٢٩٩
الرجوع قبل الاستيفاء	٢٩٩-٣٠٠

الصحيفة	
٣٠٣-٣٠٠	فصل - رجوع الشهود بما يوجب القتل
٣٠٥-٣٠٤	فصل - رجوع الشهود بالزنا
٣٠٦-٣٠٥	فصل - رجوع شهود الاحسان
٣٠٧	فصل - ضمان شهود التزكية
٣٠٧	فصل ضمان الدية
٣٠٨	فصل - الرجوع عن الشهادة بالعق
٣٠٨	فصل - الرجوع عن الشهادة بالكتابة
٣٠٩	فصل - رجوع شاهدي الطلاق
٣١٠-٣٠٩	فصل - رجوع شاهدي الطلاق وشاهدي الدخول
٣١٠	فصل - رجوع شاهدي البيع
٣١٠	فصل - رجوع شاهدي الاجارة
٣١٠	فصل - رجوع الشاهدين في شهادتهما على ولي المقتول
	بالعفو عن القاتل
٣١٠	رجوع الشاهدين على الصلح بين ولي المقتول والقاتل
	على مال
٣١١	فصل - العدد في الرجوع
٣١٣-٣١١	فصل - رجوع عن شهادة شهد فيها رجل وعشر نسوة
٣١٤	فصل - رجوع شاهدي الهبة
٣١٥	باب علم القاضي وما يجوز ان يقضي فيه بعلمه وما لا يجوز
٣١٦-٣١٥	علمه قبل البلوغ والولاية

الصحيفة

علمه في عمله بعد الولاية	٣١٦-٣١٧
فصل - نسيان القاضي ما في ديوانه	٣١٧-٣١٨
شهادة كاتبه القاضي	٣١٨
فصل - ما يجده القاضي في ديوان غيره	٣١٨
فصل - عزل عن القضاء ثم رد اليه	٣١٨-٣١٩
فصل - ما يحكم به القاضي	٣١٩
فصل - هل ينقض الحكم حكم غيره ؟	٣٢٠
نفاذ الحكم ظاهرا وباطنا	٣٢٠
ما ورد في القضاء بالظاهر من الآثار	٣٢٠
الآثر الاول	٣٢٠-٣٢٣
فصل - ما لا يمضيه القاضي من أفضية غيره	٣٢٣-٣٢٦
فصل - فسق القاضي بعد الحكم وما اليه	٣٢٦
فصل - قضاء القاضي لمن ولاه ولولد الامام	٣٢٦-٣٢٧
فصل - من لا يجوز قضاؤه له	٣٢٧
شهادة القاضي المعزول على اقرار	٣٢٨
باب كتاب القاضي الى القاضي	٣٢٩
جواز قبول كتب القاضي الى القاضي	٣٢٩-٣٣٠
فصل - كيفية قبول كتاب القاضي	٣٣٠-٣٣١
فصل - سماع اليانة على غائب	٣٣١-٣٣٢
فصل - ما يجوز فيه كتاب القاضي الى القاضي	٣٣٢-٣٣٧
فصل - ادعت انها حرة	٣٣٧-٣٣٨

الصحيفة

كتابة القاضي في عقار في يد غائب	٣٣٨
فصل - العقار في بلد المكتوب اليه	٣٣٩-٣٣٨
فصل - ما يفعله حين يرد عليه كتاب قاض آخر	٣٤٠-٣٣٩
فصل - تعديل الشهود على كتاب القاضي	٣٤٠
فصل - موت القاضي الكاتب وعزله	٣٤٠
فصل - ضياع الكتاب وهرب الخصم	٣٤٠
موت المكتوب اليه الخ	٣٤١-٣٤٠
فصل - وصول الكتاب بعد مفارقة الخصم	٣٤١
فصل - مرض الشهود في الطريق	٣٤١
فصل - الى فلان أو فلان	٣٤٢
فصل - هرب الخصم بعد فض الكتاب	٣٤٢
فصل - كتاب القاضي بما لا يراه المكتوب اليه	٣٤٣
فصل - الاضافة للأب والجد	٣٤٣
فصل - تشابه الاسماء في البلد	٣٤٤-٣٤٣
فصل - الاشهاد على ما ثبت من الاقرار	٣٤٤
فصل - الاشهاد على ثبوت الحق بيمين المدعي	٣٤٤
الاشهاد على ثبوت الحق بالينة	٣٤٥-٣٤٤
فصل - الاشهاد على براءة الحالف	٣٤٥
فصل - اثبات ما جرى في الخصومة في المحضر	٣٤٥
فصل - اخذ القاضي الاجر على السجل	٣٤٧-٣٤٥
فصل - رسول القاضي الى القاضي ومشافهته	٣٤٧

الصحيفة	
عمل قاضي القضاة بالمشافهة	٣٤٧
كتاب العامل وقاضي الرستاق	٣٤٨-٣٤٧
فصل - الطعن في الشهود والقاضي والكتاب	٣٤٨
كتابة القاضي بما تسمع فيه البيئة	٣٤٨
المقضى به من الحقوق	٣٤٩
كتاب البيوع	٣٤٩
فصل السلم	٣٥٩
كتاب الرهن	٤١٨
كتاب الحجر	٤٣٧
كتاب الضمان والكفالة	٤٥٠
كتاب الحوالة	٤٦٦
كتاب الاجارة	٤٧٣
كتاب المزارعة	٥٠٢
كتاب المساقاة	٥١٦-٥٠٩
كتاب الهبة	٥٣٠-٥١٦
كتاب العارية	٥٤١-٥٣١
احياء الموات	٥٤٢
كتاب الشركة	٥٦١
كتاب المضاربة	٥٧٩
كتاب المأذون	٦٠٧
كتاب الوديعة	٦٠٨

الصحيفة

كتاب الوكالة	٦٣٠
كتاب الوصايا	٦٦٥
كتاب الاقرار	٧١٣
كتاب الصلح	٧٦٠
كتاب الوقف	٧٧٥
كتاب القسمة	٧٩٦
كتاب الشفعة	٨١٦
كتاب النكاح	٨٤٥
كتاب الصداق	٩١٥
كتاب القسمة بين النساء في العشرة	٩٣٧-٩٣٨
كتاب الرضاع	٩٤٠
كتاب الخلع	٩٤٩
كتاب الطلاق	٩٥٩
كتاب الرجعة	١٠٠٤
باب نفقة المطلقة	١٠٥١
كتاب العتاق	١٠٧٠
كتاب المكاتب	١٠٨٦-١٠٨٧
كتاب التدبير	١٠٩٨
كتاب امهات الاولاد	١١٠٢
كتاب الايمان	١١٠٨
كتاب الجنايات	١١٣٤

الصحيفة

كتاب الديات	١١٦٦-١١٦٥
باب جناية الرقيق	١٢٠٢
باب القسامه	١٢١٣-١٢٠٥
كتاب قتال أهل البغي	١٢١٤
كتاب المرتد	١٢٢٤
كتاب الصول	١٢٣٢-١٢٣٥
كتاب السير والقيمة	١٢٣٦-١٢٥٦
كتاب النصب	١٢٥٧
كتاب الاكراه	١٢٧٩
كتاب الحدود	١٢٨٨
باب حد القذف	١٣٠٤
كتاب السرقة	١٣١٠
باب حد قاطع الطريق	١٣٢٦
كتاب الاشربة	١٣٣٠
كتاب الاطعمة	١٣٤٠
كتاب الضحايا	١٣٤٨
صدقة الفطر	١٣٥٠
كتاب الصيد	١٣٥٨
كتاب الذبائح والزكاة	١٣٧٤
باب السبق والرمي	١٣٨٠
كتاب اللقطة	١٣٨٥-١٣٨٦

الصحيفة

كتاب اللقيط	١٣٩٦
باب الآبق	١٤٠٥-١٤٠٦
كتاب الموارث (الفرائض)	١٤٠٧
باب قسمة التركات على الورثة	١٤٤٠
باب الدعاوى	١٤٤٤
باب من ولي القضاء وتولاه من العلماء وقضاة الخلفاء	١٤٦٣
نسب الرسول	١٣٦٥
ميلاد النبي وتاريخه	١٤٦٥-١٤٦٦
بعته	١٤٦٦
عماله وامراؤه	١٤٦٦-١٤٧٢
أبو بكر	١٤٧٢-١٤٧٤
ولاية ابي بكر	١٤٧٤-١٤٧٦
فصل - عمر بن الخطاب	١٤٧٦-١٤٨٠
مقتله	١٤٨٠
فصل - نوابه في البلاد	١٤٨٠-١٤٨١
فصل - أصحاب الشورى	١٤٨٢
خلافة عثمان بن عفان	١٤٨٢
سيرته	١٤٨٢-١٤٨٣
فصل - علي بن أبي طالب	١٤٨٣
بعته	١٤٨٣
قضائه	١٤٨٣-١٤٨٤

الصحيفة

الحسن بن علي	١٤٨٥
الدولة الاموية	
معاوية بن صخر	١٤٨٦
سيرته	١٤٨٧-١٤٨٦
بيعة الحسين	١٤٨٨-١٤٨٧
فصل - معاوية بن يزيد	١٤٨٨
فصل - ثورة الزبيريين • عبدالله بن الزبير	١٤٨٩-١٤٨٨
فصل - مروان بن الحكم	١٤٨٩
فصل - عبدالملك بن مروان	١٤٩٠-١٤٨٩
فصل - الوليد بن عبدالملك	١٤٩١-١٤٩٠
فصل - سليمان بن عبدالملك	١٤٩١
فصل - عمر بن عبدالعزيز	١٤٩٢-١٤٩١
فصل - يزيد بن عبدالملك	١٤٩٢
فصل - هشام بن عبدالملك	١٤٩٣-١٤٩٢
فصل - الوليد بن يزيد	١٤٩٣
فصل - يزيد بن الوليد	١٤٩٤-١٤٩٣
فصل - ابراهيم بن الوليد	١٤٩٤
فصل - مروان بن محمد بن الحكم	١٤٩٥-١٤٩٤
قضاة مكة وفقهاؤها	١٤٩٥
قضاة المدينة وفقهاؤها	١٤٩٦-١٤٩٥
فصل - أهل الكوفة	١٤٩٨-١٤٩٦

الصحيفة

فصل - قضاة البصرة	١٤٩٨-١٥٠٠
فصل - قضاة الشام	١٥٠٠-١٥٠١
فصل - اليمن	١٥٠١
فصل - الدولة العباسية	١٥٠١
فصل - السقاج	١٥٠١-١٥٠٢
فصل - المنصور	١٥٠٢
فصل - قضاة المنصور	١٥٠٢-١٥٠٣
فصل - المهدي	١٥٠٣
فصل - قضائه	١٥٠٣
فصل - الهادي	١٥٠٣-١٥٠٤
قضائه	١٥٠٤
فصل - الرشيد	١٥٠٤-١٥٠٥
فصل - الامين	١٥٠٥
قضائه	١٥٠٥
فصل - المأمون	١٥٠٥-١٥٠٦
قضاة المأمون	١٥٠٦
فصل - المعتصم	١٥٠٦-١٥٠٧
قضاة المعتصم	١٥٠٧
فصل - خلافة الواثق	١٥٠٧
قاضيه	١٥٠٧
فصل - المتوكل بالله	١٥٠٧-١٥٠٨

الصحيحة

وزراؤه	١٥٠٨
قاضيہ	١٥٠٨
فصل - المتصر بالله	١٥٠٨
قاضيہ	١٥٠٨
فصل - المستعين بالله	١٥٠٩-١٥٠٨
قاضيہ	١٥٠٩
فصل - المعتز بالله	١٥٠٩
وزراؤه	١٥٠٩
قاضيہ	١٥٠٩
المهتدى بالله	١٥٠٩-١٥١٠
وزراؤه	١٥١٠
المعتمد بالله	١٥١٠
وزراؤه	١٥١٠
قاضيہ	١٥١٠
المعتضد بالله	١٥١١
وزراؤه	١٥١١
قاضيہ	١٥١١
المكفي بالله	١٥١١
وزراؤه	١٥١٢-١٥١١
قاضيہ	١٥١٢
المقندر بالله	١٥١٢
وزراؤه	١٥١٢
قاضيہ	١٥١٢

خلافة القاهرة بالله	١٥١٣
وزراؤه	١٥١٢
الراضي بالله	١٥١٣
وزراؤه	١٥١٣-١٥١٣
المتقي بالله	١٥١٣
المستكفي بالله بن المعتضد	١٥١٤
قاضيه	١٥١٤
المطيع لله	١٥١٥
الطائع لله	١٥١٥-١٥١٦
قاضيه	١٥١٦
القادر بالله	١٥١٦
قضاته	١٥١٦-١٥١٧
القائم بأمر الله	١٥١٧
وزراؤه	١٥١٧-١٥١٨
قضاته	١٥١٨
المقتدى بأمر الله	١٥١٨-١٥٢٢
الفهرست	١٥٢٣

فهرس الموضوعات

أدب القضاء: ١٨.
الإدعاء: إدعاء رجلين نكاح امرأة: ٢٢١.
الأزلام: ١٣٧٩.
الاستحلاف: عظة القاضي الخصم قبل الاستحلاف: ٢٨١.
الاستحلاف: ١٤٦.
استشارة الفقهاء: ١٤.
الاستثناء: ٧٢٨، ٧٣٨، ٧٣٩.
الاستقرار السياسي والثقافي: ٧.
الاستنباط: ١٦.
استيفاء الحقوق (من ولايات الإمام): ٦٧.
الاستيلاء: ٦٠٥.
الإشهاد على إقرار: ٣٤٤.
أصل: أصول الدين: ٦١.
إطلاق سراح المسجون: ١٥.
الإعسار: ٤٣٦.
الإقرار: ٧١٣-٧٢٧، ١٢٩٧.
الإقرار بعد البيئة: ٢٩١.
الإقرار بالمال: ٧٣١.

(أ)

الآبق: ١٤٠٥.
آلة: آلات الضرب: ٢٤٦.
أئمة العدل: ٥١.
الأبراء: ادعاء الأبراء: ٢٩٢.
الأجارة: ٤٧٣.
استجار الظئر: ٤٩٣.
فسخ الاجارة: ٥٠٠.
الأجر: أجر الأمين: ١٤١.
الاحتطاب والاحتشاش: ٥٧٣.
الإحصان: ١٢٩١.
الأخبار والاستخبار: ١٣٥٨.
اختيار النظم: ١٩.
اختيار الإمام: ٧٠.
إخفاء المدى المال: ١٢٩.
الاجتهاد: ٥٦، ٥٧، ٦١.
اختيار الأفضل: ٥١.
الأخرس: ١٨٩.
إثبات الحرية: ٣٣٧.
الإثبات في المحضر: ٣٤٥.
أدب الفقه: ٨.

الإقرار بالمجهول: ٧٣٦.

بواب القاضي: ١٣٣، ١٣٤.

إقرار المريض: ٧٤٣.

البيع: ٣٤٩.

الإقرار بالوارث وللوارث: ٧٤٢.

بيع أرض الخراج: ٥٥٤.

الإقطاع: ٥٤٩.

البيع بالبراءة: ٣٨٠، ٣٨٢.

إقطاع الإمام الأرض: ٧٥.

بيع الشاة باللحم: ٣٩٨، ٤٠٥.

الإكراه: ١٢٧٨ - ١٢٧٩.

بيع النخل وفيه ثمره: ٤١١.

الإكراه على الإقرار بالطلاق: ٩٦٤.

البينة: إقامة البينة بعد اليمين: ٢٩٠.

الإلطف الإلهي: ٦٧.

سماع البينة على الغائب: ٣٣١.

الإمام: ١٩، ٢٩، ٣٠.

(ت)

الإمام الأعظم: ٦١.

تاريخ الإسلام: ٢٠.

الإمام المفضول: ٦٦.

تجريح القضاة: ١٤.

أسر الإمام: ٣١.

التحرز عن تعطيل القاضي للحقوق:

تعدد الإمام: ٢٩.

(قاعدة): ٣٣.

خلع الإمام الجائر: ٣٠.

تحسين الصوت بالقرآن: ٢٤٩.

شرط الإمام: ٣١، ٦١.

تحقيق الإمام في أسباب خروج

شرط النسب: ٣٠.

الخوارج: ٧٧.

إمامة الفاسق في الصلاة: ٢١٣.

التحكم: ٣٢، ٣٣، ٧٨.

الإمام في بلد بعيد: ٦٨.

التدبير: ٦٠٥، ١٠٩٨.

الإمامة: ١٦، ٣٠، ٦٧.

التراث الفقهي: ٣٣.

الأمر بالمعروف: ٧ - ٨.

الترجمة: ١٨٩.

أهل البغي: ٧٦.

التركية: ٢٧٧، ٢٢٨، ٢٢٩، ٢٣٥.

أهل الحل والعقد: ٧٠.

التسوية في الحقوق والواجبات: ٣٠.

أهلية المرأة في العقود: ٨٥١.

٦٩.

الإيلاء: ١٠٠٨ - ١٠١١.

تعدد الأئمة: ٧٤.

الإيمان: ١١٠٨.

تعدد القضاة: ٧٤، ٨١.

(ب)

التعريض: ١٣٠٩.

الباطنية (المذهب الباطني): ٧.

التعزيز: ١٣٠٩.

البضع: منفعة البضع: ٩١٧.

تعيين الإمام: ٦٩.

البغي: قتال أهل البغي: ١٢١٤.

تفتيش السجون: ١٥.

البناء والغرس بعد الإجارة: ٥٠١.

التفليس: ٤٣٥.

التقاضي لدى حكم أو كاهن: ١٤.

التنازع على نكاح امرأة: ٢٢٢.

التندر بالقضاة: ١٤.

التنظيم القضائي: ٧، ٤٩.

التنفيذ جبراً على المدين الممتنع: ٤٣٥.

التوبة: -

التوبة على من يحد: ٢٦١.

التوبة عن الزنا: ١٣٢٩.

توبة القاذف: ٢٥٨، ٢٥٩.

التوبة المعتبرة: ٢٦٠، ٢٦١.

التوبة من المعصية: ٢٥٩.

التولية: ٣٩٤.

تولية الأفضل: ٢٨.

تولية الخوارج للقضاء: ٧٦.

التولية من جهة الإمام: ٣١.

(ث)

الثقافة الإسلامية: ٧.

الثلث: ٣٥٥.

الثورة على الظلم: ٣٢.

الثورة الفرنسية: ١٥.

(ج)

الجراح: ١١٤١.

الجرح والتعديل: ٢٣١.

الجعل: ١٣٨١.

الجلد: ١٢٩٠، ١٢٩٩، ١٣٣٦.

الجلواز (جـ): الجلاوة: ٢٥، ١٣٣.

جلوس القاضي للقضاة: ٩٦.

الجنائيات: ١١٣٤.

الجنين: ضمان الجنين الميت: ١١٩٣.

الجور: ١٣.

الجزية: ١٢٥١ - ١٢٥٦.

(ح)

الحاجب: ١١٨، ١١٩.

الحاضر: القضاء على الحاضر: ١٨٦،

١٨٧.

الحاكم: ٤٩، ٥٠، ٥١.

الحاكم (القاضي): ٣١.

حال: أحوال القاضي: ٩٦، ٩٧.

الحبس بغير حق: ١٣٦، ١٣٧.

الحبس في المهر المؤجل: ٩٢٤.

حبس المدين: ١٢٩، ١٣٠، ١٣١.

كراهية الإمام عليّ لحبس المدين:

١٢٩.

الحبس: حق البائع في حبس المبيع:

البيع.

الحجر: ٤٣٨ - ٤٤٩.

الخداء: ٢٤٧.

الحدود: ١٢٨٨.

الحرابة والصوصية: ١٢٢١ -

١٢٢٤.

الحرية: شرط حرية الإمام والقاضي:

٧٤.

الحسبة: ١٠.

حق: حقوق الإنسان: ١٣، ١٥،

٢٧.

حكم: ٥٠.

الحمى: ٥٤٧.

الحوال: ٤٦٦ - ٤٧٢.

الحياد عن جادة الحق: ١٤.

(خ)

الدخول: ادعاء الزوج الدخول:

٩٣٢

خير العبد: ٢٠٢.

خصيصة: خصائص القضاء

الإسلامي: ١٤.

خضوع الحاكم لحكم القانون: ١٤.

الخطأ: أنواع الخطأ: ١١٦٩.

خطأ القاضي: ٣٢.

الخلافة: ٧، ١٩.

الخلافة العباسية: ٢٣، ٢٤.

- دار الخلافة: ٢٤.

الخلع: ٩٤٩-٩٥٨.

خلع الإمام: ١٥٢.

خلو منصب الإمام: ٧٧، ٧٨.

الخلوة: ٩٣٣.

الخمر: ١٣٣٠.

الخنثى: ميراث الخنثى: ١٤٣٩.

الخوارج: ٣١، ١٢١٥.

خيار التمين: ٣٧٤.

خيار الرؤية: ٤٠١.

- شرط الخيار: ٤٠٣.

(د)

الدعوى:

دست القضاء: ٢٨.

دستور القضاء: ١٥.

تعريف الدعوى: ١٦٣، ١٤٤٤.

- دعوى التوارث: ١٤٥٠.

- دعوى الشريك: ١٨٤.

- دعوى العيب والمكاتبين ومن فيه رق:

١٧٨، ١٥٤، ١٧٩.

- الدعوى على الطفل في حجر

القاضي: ١٨٩، ١٩٠.

- الدعوى على العليل ومن إليه:

١٨٨.

- الدعوى في الميراث: ١٤٥٠.

- دعوى الغلط في القسمة: ٨١٢.

- دعوى المضارب: ١٨٥.

- دعوى المولى على عبده وعن عبده:

١٥٩، ١٨٥.

- دعوى النساء: ١٧٧، ١٧٨.

- دعوى النسب: ٢٢.

- دعوى الولادة: ١٤٥٩.

- دعوى النكاح: ٩١٠.

- دعوى الوكيل لغيره: ١٨١، ١٨٢.

- دعوى الولي على الصغير: ١٧٩.

الدعوة: ٢٩، ٧١.

الدليل: أدلة الأحكام: ١٠٨، ١٠٩.

١١١، ١١٠.

دول الطوائف: ٦، ٨.

الدولة البوذية: ٦، ٧.

الدولة السلجوقية: ٦، ٧، ٢٦.

الدية: ١١٧٠، ١١٧٦.

الديمقراطية: ١٥.

ديوان الحكم: ١١١، ١١٢.

(ذ)

ذكرة الإمام: ٦٢.

الذبيحة والذكاة: ١٣٧٤.

(ر)

- سمل العيون : ٦ .
سؤال الخوارج عن سبب الخروج :
٣٢ .
سيادة القانون : ١٤ .
السير والغنيمة : ١٢٣٦ - ١٢٤٨ .

(ش)

- الشاهد : ١٥ .
- الشاهد واليمين : ٢١٤ .
جرح الشاهد : ٢٩٨ .
شروط الشاهد : ٢٠٠ .
الشبهة : (جـ . الشبهة) :
الشجاج : ١١٥٨ .
الشراب : أحكام الأشربة : ١٣٣٠ .
شراج الحرة (قضاء النبي ﷺ فيها) :
٩٧ .

- الشرع الإسلامي : ١٣ .
الشرط : اقتران البيع والشراء بشرط :
٣٨٨ .

- شرط الإمام : ٣١ ، ٦١ .
شرط النسب : ٣٠ .
الشركة : ٥٦١ .
- شركة الأبدان : ١٨٤ .
- شركة العقود : ٥٦ .
- شركة العنان : ١٨٤ .
- شركة المرقد : ٥٧٥ .
- شركة المفاوضة : ١٨٤ .
- شركة الوجوه : ١٨٤ .
- الخيانة في الشركة : ٥٧٦ .
الشطط : ١٣ .

- الرجعة : ١٠٠٤ .
الرجم : ١٢٩٣ - ١٢٩٦ .
الرشوة : ١٤ ، ٨٧ ، ٨٨ ، ٨٩ ، ٩٠ .
الرضاع : ٩٤٠ .
الرقبي : ٥٢١ .
الرقعة (جـ . الرقاع) : ١٣٥ .
- الرهن : الرهن في السفر : ٤١٩ .
- تعريف الرهن : ٤١٨ .
- الشرط الفاسد في الرهن : ٤٢٣ .

(ز)

- الزنا : ١٢٨٩ - ١٢٩٠ .
زنات في الجبل : ١٣٠٨ .
زواج الشغار : ٩١٨ .
زوجة المفقود : ١٠٦٤ .

(س)

- السبق والرمي : ١٣٨١ .
السرقه : ١٣١٠ .
سرقه ذوي الأرحام : ١٣٢٠ .
سعي المدين للوفاء بالدين : ١٣ .
السفتجة : ٤٧٢ .
سقوط ولاية الإمام بأسره : ١٥٠ .
السلطنة السلجوقية : ٢٤ .
السلعة : ٣٧٠ .
سماع الأدلة : ١٤٥ .
القيود الواردة على ذلك : ١٤٥ .
سماع قول الخصم الآخر : ١٩٠ .
السلم : ٣٥٩ ، ٣٧٠ ، ٤١٥ .

الشهادة على شهادة الأب : ٢٦٩ ،
٢٧٠ .

الشهادة على الشهادة : ٢٦٣ ، ٢٦٤ ،
٢٦٥ .

الشهادة على شهادة الميت : ٢٦٤ .

الشهادة على طلاق الأمة : ٢٦٣ .

الشهادة المتبادلة : ٢٦٢ .

شهادة المحدود في القذف : ٢٥٨ .

شهادة المستمع : ٢٥٤ .

شهادته لمن لا تجوز الشهادة له : ٢٥٧ .

شهادة من يدفع ضرراً عن نفسه :

٢٥٥ .

شهادة المولى لمكاتبه : ٢٦١ .

شهادة النساء : ٢٠٩ .

شهادة الوالد والولد : ٢٥٦ .

شهادة ولد الزنا : ٢٥٤ .

جواز الشهادة : ٢٢٤ .

- رجوع شهود الإحصان : ٣٠٥ .

رجوع الشهود بالزنا : ٣٠٤ .

- الرجوع عن الشهادة : ٢٩٩ ،

٣٠٠ ، ٣٠١ ، ٣٠٢ ، ٣٠٣ ،

٣٠٨ ، ٣٠٩ ، ٣١٠ ، ٣١١ ،

٣١٢ ، ٣١٣ ، ٣١٤ .

- رد الشهادة : ٢٣٥ .

✓ - رد الشهادة بالتقادم : ١٣١٢ .

- رد الشهادة بالإكثار من الصغائر :

٢٤٧ .

- شروط الحكم بشهادة الفرع : ٢٦٩ .

س - شروط الشهادة : ٢٠١ .

ما يعتبر في جواز الشهادة : ٢٢٤ ،

٢٢٥ .

الشفعة : ٨١٦ .

الشقاق : ٩٣٨ .

شريعة روما : ١٣ .

شريعة مصر : ١٣ .

الشطرنج : ٢٤٠ ، ٢٤١ ، ٢٤٢ ،

٢٤٣ .

الشهادة : ١٩٦ ، ١٩٧ .

شهادة الأخ لأخيه : ٢٣٨ .

شهادة الاستفاضة : ٢١٨ .

شهادة الأعمى والأخرس : ٢٦٣ .

- شهادة أصحاب الصنائع : ٢٤٠ .

- شهادة الرجال : ٢٠٨ .

- شهادة الصبيان : ٢٠١ .

- شهادة العبيد : ٢١٠ ، ٢١١ .

- الشهادة على المعاملات : ٢٢٢ .

- الشهادة على معرفة النساء : ٢٢٠ .

- الشهادة على موت إنسان : ٢٢١ .

- الشهادة على الموت : ٢١٩ .

شهادة الفاسق : ٢١٣ ، ٢٣٦ .

شهادة لاعب الشطرنج : ٢٣٦ ،

٢٣٧ .

شهادة الماجن : ٢٣٦ .

شهادة التائب : ٢٥٧ ، ٢٥٨ .

شهادة القاضي المعزول : ٣٢٨ .

شهادة الخصي والأقلف : ٢٥٣ ،

٢٥٤ .

شهادة رجلين على جرحه أحاً لهما :

٢٥٥ .

شهادة الظنين والجار إلى نفسه نفعاً :

٢٥٢ ، ٢٥٣ .

شهادة العدو : ٢٥٦ ، ٢٥٧ .

من لا تجوز شهادتهم: ٢٣٨ ، ٢٣٩ .
 شهادة الواحد: ٢٠٠ .
 الشهود على شهود الأصل: ٢٦٦ .
 - ضمان شهود التزكية: ٣٠٧ .
 عدالة شهادة الأصل: ٢٦٨ .
 - تسمية شهود الأصل: ٢٧٠ .
 - عدد الشهود:
 - عدد شهود الفرع: ٢٦٥ ، ٢٦٦ ، ٢٦٨ .

الشورى: ٦٧ .
 الشيعة الإمامية: ٦٥ ، ٦٦ .
 الشيعة الزيدية: ٦٥ ، ٦٦ ، ٧١ .
 الشيعة العباسية: ٧٢ .

(ص)

صاحب الخبر: ٢٢ ، ٢٣ .
 صاحب السجن: ١٢٦ .
 صاحب العرض: ١٤١٣ .
 أصحاب المسائل: ١٢٤ .
 الصانع (من صفات الله): ٦٧ .
 الصبي المحجور: ٦٠٢ .
 الصداق: ٩١٥ .
 عيب الصداق: ٩٢١ .
 صفات الإمام: ١٩ .
 - صفات القضاة: ١٥ ، ٤٩ .
 الصك: ٧٣٢ .
 الصلح: ٧٦٠ .
 الصلح على إقرار: ٧٦٢ .
 الصلح عن إنكار: ٧٦٢ .
 الصلح في الدين المشترك: ٧٧٨ .
 الصول: ١٢٣٢ - ١٢٣٥ .

الصياغة القانونية: ١٩ .
 الصيد: ١٣٥٨ .

(ض)

الضالة (ج. الضوال): ١٤٣ ، ١٤٤ .
 الضحية: ١٣٤٨ .
 الضرورة: ١٣ .

(ط)

الطاعة للإمام: ٦٢ .
 الطعام:
 ما يجوز منه: ١٣٤٠ .
 الطعن في عدالة الشاهد: ٢٣٣ .
 الطلاق: ٩٥٩ .
 طلاق الأخرس: ٩٩٠ .
 طلاق الساهي والناسي: ٩٦٢ .
 طلاق الصبي: ٩٦٠ .
 الطلاق في المرض: ٩٨٢ .
 شروط الطلاق: ٩٥٩ .

(ظ)

الظالم: ٦٨ .
 الأخذ على يد الظالم: ٦٨ .
 الظفر بجنس الحق: ٤٣٦ .
 الظهار: ١٠١٨ - ١٠٣٠ .

(ع)

العارية: ٥٣١ - ٥٤٢ .
 العاقلة: ١١٨٦ - ١١٩٠ .
 العدالة: ١٥ .
 عدالة الشاهد: ٢٠٤ .

من ظاهره العدالة: ٢١٢.

العتق: ١٠٧١.

العدة: ٩٩٤.

العدل: ٢٠٥.

العدل (الإنسان): ٢٣٤.

العدوى: جواز العدوى: ١٦٧،

١٦٨، ١٦٩.

موضع العدوى: ١٧٠.

العَذْبَة: عَذْبَة العاصي: ٩١.

العتذر المسقط لحضور المدعى عليه:

١٧٢.

عزل الوكيل: ١٥٣.

يصرف الوكيل قبل عزله: ١٥٣.

العرف: إعراف العرب قبل الإسلام:

١٣، ١٤.

عزل الإمام: ١٩.

عزل الخليفة: ٦، ١٩.

عزل القاضي: ٣٢، ١٤٩، ١٥٢،

١٥٣.

عصمة الإمام: ٦٧، ٦٨.

العفو: عفو المجروح: ١١٥٢.

العقد الموصوف: ١٤٧.

العلم:

علم الأصول: ٥٤.

العلوم الشرعية: ٥٤، ٥٥.

علم القاضي: ٥٥.

علم الخلاف: ١٢، ١٩.

العلم بما يشهد به: ٢٠٧.

العمد: ١١٤٢.

العمرى: ٥٢٠.

العمى:

إصابة القاضي بالعمى: ١٤٩.

العنين: ٩٠١.

العود في الجناية: ١٣١٧.

عون:

أعوان القضاة: ١٥، ١٢٣.

الغيب الخفي: ٣٨٣ - ٣٨٦، ٣٩٠.

عيادة القاضي المرضى: ١٦١.

(غ)

الغضب: ١٣، ١٢٥٧، ١٢٧٨.

(ف)

الفساد في الإدارة: ٧.

الفساد في جباية الضرائب: ٧.

فسخ العقد: ٣٧٥.

الفسق: ٢٠٦.

فسق شاهد الزور: ٢٥٠، ٢٥١.

تصرف القاضي بعد الفسق: ١٤٨.

تعريف الفسق: ٢٠٥، ٢٠٦.

فسق القاضي: ٣٢٦.

الفقه الإسلامي: ١٥.

الفقه الموازن: ١٩.

الفقه الخاص: ١٥، ١٩.

الفقه العام: ١٥، ١٨، ١٩.

الفقيه المشاور: ١٠٧، ١٠٨.

الفيء: ١٠١١، ١٢٤٩ - ١٢٥٠.

(ق)

القاسم: ٧٩٧.

رسول القاضي: ٣٤٧.

قاضي أهل العدل: (في مقابل قاضي

الخوارج): ٣١.

القبض: قبض المبيع: ٣٥٣.

قول القاضي المعزول: ١٤٠.

قاطع الطريق: ١٣٢٦.

القتل: ١١٣٩.

الإسراف في القتل: ١١٣٦.

خطر القتل: ١١٣٥.

قتل الجماعة بالواحد: ١١٤٧.

قتل الذكر بالأنثى: ١١٤٦.

قتل المسلم بالذمي: ١١٤٤.

القتل: قتلت نفسها قبل الدخول:

٩٢٣.

القاضي الفرد: ١٤.

قاضي القضاة: ١٧.

اختيار القاضي شهوده: ١٩٨.

عدد الشهود: ١٩٩.

- إقرار القاضي المعزول بتعمد الجور:

١٥٧.

- إمضاء القاضي أقضية غيره: ٣٢٣،

٣٢٤، ٣٢٥.

- تصرف القاضي: ٣١، ٧٤.

- التظلم من القاضي المعزول: ١٥٥.

- تعطيل القاضي للحقوق: ٣٣.

تولية القاضي الجاهل: ٢٧، ٥٩.

القذف: حد القذف: ١٣٠٤،

١٣٠٩.

القسامة: ١٢٠٥ - ١٢١٣.

القسمة بين النساء: ٩٣٧.

القسمة: ٧٩٦.

قسمة التفاضل: ٨٠٦.

قسمة التركة: ١٤٤١.

قسمة العلو والسفل: ٨٠٤.

قسمة الفياء: ٦٨.

القصاص: ١١٣٧.

القضاء على من هرب من الخصم:

١٩٤.

القضاء على الميت: ١٩١.

كيفية ذلك: ١٩٢.

القضاء على الورثة.

كيفية ذلك: ١٩٢.

القضاء في المسجد: ٩٨، ٩٩، ١٠٠.

قضاء القاضي بعلمه: ٣١٥، ٣١٦،

٣١٧.

قضاء القاضي قبل عزله: ١٥٣.

قضاء النبي ﷺ: ٩٧.

قضى: ٤٩، ٥٠.

قضية: أقضية الخوارج: ٣١.

تعيين أيام للقضاء: ١٦١.

- تولية القضاء المتهم في الحكم: ٢٧.

- حياد القاضي: ١٥.

- دعاء القاضي عند دخول البلد:

٩١.

- السخرية من القضاة: ١٤.

- شروط القاضي (الحاكم): ٣١،

٥٢، ٥٤.

القانون الخاص: ١٥.

القانون الوضعي: ١٨.

القضاء: ٨، ٩، ١٩، ٤٩، ٦١.

- القضاء على الغائب: ٢٩٥، ٢٩٦.

- الدخول في القضاء: ٨٢.
- دخول القاضي البلد: ٩٣.
- دست القضاء: ٢٨.
- ذم القضية: ١٤.
- رتبة القضاء: ٥١.
- شرف رتبة القضاء: ٥١.
- الرزق (الأجر) على القضاء: ٨٥.
- ٨٦.

- سلطة القضاء: ١٩.

القدح في القضية: ١٤، ١٨.

قول الشعر: ٢٤٩، ٢٥٠.

الغائب: القضاء على الغائب: ١٩٠.

المهجوم على الغائب: ١٧٥، ١٧٦.

١٧٧.

غرم المثل والقيم عند عدم القدرة على

الوفاء عيناً: ٣٢.

الغزو الصليبي: ٧.

(ق)

القطع: ١١٥٤-١١٥٧.

القلق السياسي: ٧.

القياس: ٦٠.

(ك)

كتاب القاضي: ٨، ٢٠، ١١٣،

١١٧.

- تصفح عمل الكاتب: ١١٥.

كتاب عمر بن الخطاب إلى أبي موسى

الأشعري: ٢٢٦.

كتاب القاضي إلى القاضي: ٣٢٩،

٣٣٠، ٣٣٢، ٣٣٣، ٣٣٨.

كتاب القاضي المعزول: ١٥٥.

كتابة عهد تولية القاضي: ٧٣، ٩٥.

كرامة الإنسان: ١٣، ٢٧.

الكفالة (الضمان): ٤٥٠-٤٦١.

الكفالة بالحدود والقصاص: ٤٦١.

- بطلان الكفالة بالوفاة: ٢٩٧.

الكفارة: ١١٤٨.

كيفية الولاية: ٧٢.

(ل)

لباس القاضي: ٩١.

اللعان: ١٠٣٠.

اللقطة: ١٣٨٥.

اللقيط: ١٣٩٦.

اللوث: ١٢٠٨.

(م)

المأذون له في التجارة: ٥٩٩.

متاع البيت: ١٠٦٨.

المتعة: ٩٢٣.

المجتمع الإسلامي: ٧.

المجتهد: ٥٨.

مجلس التظلم: ٢٧.

مجلس الحكم: ١٤.

مجلس القضاء: ١٩، ٢٧.

محاسبة الإفتاء: ١٤١.

المجبوب: ٩٠١.

المحرمات: ٨٦٨.

المحضر: ١٢٣.

المحلل: ١٣٨٢.

المخزن (في مصطلح الإدارة العباسية):
٢٥.

المدعي: ١٦٣، ١٦٥.

شرط صفة المدعي: ١٦٦.

المدعى عليه: ١٨٦.

أهلية المدعي عليه: ١٨٦.

صفة المدعى عليه: ١٨٦.

- دعوى المدعى عليه وجود حساب:
٢٧٧.

نكول المدعى عليه ما على

المدعي: ٢٨٩، ٢٩٠.

المدى: بيع المدى: ١٣.

المذاهب الإسلامية: ١٩.

المذهب الحنفي: ١٩.

المراوحة: ٣٩٤.

المرقد: ١٢٢٤ - ١٢٣١.

المزارعة: ٥٠٢ - ٥٠٨.

المرأة: أهلية المرأة: ٢٨.

تولية المرأة القضاء: ٢٨، ٢٩، ٥٤.

مركب القاضي: ٩٢.

المركز: مركز الخلافة: ١٥.

مركز القضاء: ١٥.

المساقاة: ٥٠٩ - ٥١٥.

المساواة أمام الشرع: ١٥.

المستأمن: ١٣٠٣.

مسؤولية الدولة عن خطأ القاضي في
حقوق الله: ٣٢.

المسؤولية: مسؤولية أولى الأمر: ١٤.

مسؤولية القاضي: ١٤، ١٦، ١٥٤.

مسؤولية القاضي له خطأ: ٣٢.

مشاورة القاضي للعلماء: ٣١، ٥٩.
المصادرة: ٧.

المصرأة: ٣٨٦، ٣٨٨، ٣٨٩.

المصلحة: ١٣.

المضاربة: ٥٧٩، ٥٩٨.

معاملة القاضي: ١٥٨.

معرفة الإمام: ٦٩.

المعصية: تعلق حد الله بالمعصية:
٢٦٠، ٢٦١.

المكاتب: ١٠٨٦.

ملازمة الممتنع عن تقديم الكفيل:
٢٩٥.

الملاعنة: ١٤٤٢.

الملك: ٦١.

الملك المشهور: ٢٢٣.

منصب القضاء: ١٨، ١٩.

المهر: ٩١٦.

الزيادة في المهر: ٩٢٣.

الغلط في المهر: ٩٢٠.

مهر المفوضة: ٩٢٢.

الموات: إحياء الموات: ٥٤٢.

إذن الإمام: ٥٤٤.

المواريث (الفرائض): ١٠٤٧.

الموازنة: ١٩.

موت الإمام: ١٥١.

منصب القضاة: ١٨، ١٩.

موت الشاهد: ١٥١.

المياه:

حكم المياه: ٥٥٥.

ما يحكم به القاضي: ٣١٩.

(ن)

- النائب: ١٢٤.
النباش: ١٣٢٣.
النبذ: ٢٤٣.
النبي: ٦١.
التول الفكري: ٧.
الشار: نثار العرس: ٩٣٩.
النسب: ٦٣.
نسب النبي: ٦٤.
النسيان:
نسيان القاضي: ١٤٩.
نسيان القاضي ما في ديوانه: ٣١٧، ٣١٨.
ما يجده القاضي في ديوان غيره: ٣١٨.
نشيد الأعراب: ٢٤٨.
النص على الإمامة: ٧٢.
نصرة المظلوم (من ولايات الإمام): ٦٧.
نظام الحكم في الإسلام: ١٥.
النظام القضائي في الإسلام: ١٣، ١٥، ١٦، ١٧، ٢١.
النفقات: ١٠٣٩.
نقض الأحكام القضائية: ٣١، ٣١٩، ٣٢٠، ٣٢١.
نقض ولاية القاضي: ٧٤.
النكاح: ٨٤٥.
نكاح الكتابيات: ٨٧٨.
الولاية في النكاح: ٨٤٩.
النيابة في القضاء: ١٤٤.
(هـ)
الهبة: ٥١٦، ٥٣٠.

- الرجوع في الهبة: ٥٢٢.
قبول الهبة في المجلس: ٥١٩.
الهبة: قبول القاضي الهدية: ١٦٢.
واجبات الإمام: ٦٨.
الوديعة: ٦٠٨، ٦٢٩.
وراثه الإمامة: ٧٢.
الوصية: ٦٦٥.
- إثبات الوصية: ٢٩٦، ٢٩٧.
- سند الوصية: ٦٦٥.
وضع الحق في موضعه: ٦٨.
الوطء: الوطء في النكاح الفاسد: ٩٢٤.
الوقف (جـ. الوقوف): ٧٧٥، ٧٩٥.
نظر القاضي في الوقوف: ١٣٨، ١٣٩.
الوكالة: ٦٣٠ - ٦٦٤.
- إثبات الوكالة: ٢٩٦.
(و)
وكيل الدعوى: ١١٢، ١١٣.
الولاء: ١١٢٧.
الولاء المشهور: ٢٢٢.
ولاية القاضي: ٣١، ٣٢٦، ٣٢٧.
مدى ولاية القاضي في النظر على الأشخاص: ٣١.
ولاية القضاء: ٧٣.
الولاية العامة: ٧٢، ٧٣.
ولاية المجتهد: ٣١.
ولاية المرأة القضاء: ٣١، ٥٣.
الولي على الصغير: -
صفاته: ١٨٠.

(ي)

- عرض اليمين: ٢٧٥ ، ٢٧٦ .
اليمين على البت: ٢٨٥ .
اليمين على العلم: ٢٨٥ ، ٢٨٦ .
اليمين في النسب: ٢٨٣ .
رد اليمين على المدعي: ٢٨٧ ، ٢٨٨ .
ما لا يمين فيه: ٢٨٣ ، ٢٨٤ .
يوم:
يوم السقيفة: ٧٠ .
يوم الشورى: ٧٠ .
يوم صفين: ٧١ .

- معيار تصرفه: ١٨٠ .
اليتيم وإقراض ماله: ١٦٠ .
طلب الخصم اليمين: ٢٧٧ .
اليمين: ٢٧٨ ، ٢٧٩ ، ٢٨٠ ، ٣٥٧ .
صفة اليمين: ٢٨٠ ، ٢٨١ .
النكول عن اليمين: ٢٧١ .
تغليظ اليمين: ٢٨٢ .
النكول عن اليمين: -
الآثار المروية في النكول: ٢٧١ ،
٢٧٢ ، ٢٧٣ .
تكييف النكول: ٢٧٣ ، ٢٧٤ ، ٢٧٥ .
كيفية القضاء بالنكول: ٢٧٥ .